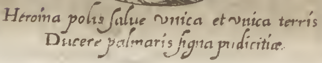
JESVS, MARIA, y JOSEPH,
in suo nomine. Amen.





Heroina polis salue vnica et vnica terris
Ducere palmaris signa pudicitiæ.



POR
LA CONDESA
DE VALHERMOSO,

VIVDA DE DON LORENZO DAVILA Y MEDINA, CONDE, que fue, del mismo titulo, Madre, Tutora, y Curadora de Don Joseph Davila Tello de Medina, menor, posseedor del Mayorazgo, que fundaron el Veintiquatro Luis de Medina, y Doña Isabel de Sandier su muger.

EN EL PLEYTO
CON EL CONVENTO

DE RELIGIOSAS DOMINICAS DE SANTA MARIA DE GRACIA de esta Ciudad, y con las Madres Soror Maria de San Jacinto, y Soror Maria de la Resurreccion.

1. ESEANDO LA CONDESA Doña Ana Tello de Guzman y Medina, Madre, Tutora, y Curadora de D. Juan Davila Tello de Medina, Conde de Valhermoso, difunto, dàr fin â los pleytos, que se han seguido sobre la possessión del Mayorazgo, que fundaron el Veintiquatro Luis de Medina, y Doña Isabel de Sandier su muger, y sobre las herencias, que pertenecian â el Conde su Padre, por cabeza de Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, su Abuela, y particiones, que se hizieron entre esta, y Don Luis Joseph de Medina, ambos hijos legitimos de los Fundadores, para que con vna determinacion quedassen conclusas, y descididas todas las dudas, que hasta el tiempo de su menor se avian ofrecido. Se comprometiò en Juezes arbitros *juris*, que obrando conforme â derecho, y segun sus disposiciones, las sentenciassen. *Sed proh dolor!* Pues huyendo de los litigios, se le han seguido â el successor del Mayorazgo otros mayores, aviendole declarado por libres contra vna executoria las alcavalas de la Villa de Salteras, principal alhaja del Mayorazgo, exponiendole â nuevos juyzios de particion con los coherederos de su Padre, y precisandole â suscitar los de las herencias de sus Abuelos.

2. Esto, por que desviandose los Arbitros del poder, que se les diò, para que juntos, y no el vno sin el otro, diessen sobre todo su vltima determinacion, no se arreglaron â la disposicion de derecho, debiendose ceñir â ella, como se expressa en la escriptura de compromisso en aquellas palabras: *Y les damos nuestro poder cumplido, amplio, general, y bastante, como de derecho se requiere, para que juntos, y no el vno sin el otro, vean el derecho, y pretensiones de cada parte, y todos los papeles, è instrumentos, que â ello conducen, y las defensas, que â cada vno competen, siguiendo el orden judicial, y que hasta la vltima determinacion se podian hazer, y con ello, y nuestros informes, y consultas puedan allanar, resolver, y declarar.*

3. Y prosigue la facultad: *Segun lo deban hazer, y hallaren por derecho, porque en todo, y en qualquiera cosa de ello han de guardar el orden judicial, y en esta forma, y no de otra, queremos se execute, y pronuncie su determinacion.* Y despues â el tercero, en caso de dis-

discordia,se le dà la misma facultad, ibi: *En razon de que la sentencia, que dieren sea â derecho conforme.* Y concluye la comisión: *Porque siendo dada conforme â la facultad de este contrato, hemos de estàr por ella, y ser obligados â su paga, y cumplimiento, como dicho es.*

4. Hasta aqui la jurisdiccion, que conceden las partes. Veamos sobre que puntos, y pretensiones debiò ser el juizio, y determinació, para que todas quedassen descididas sin agravio, ni lesion de alguna de ellas. Compromete la Condesa las de su hijo menor en el mismo instrumento â el fol. 34. B. y 35. ibi: *Por lo que â el dicho mi hijo toca, en quien han recaìdo assi los derechos, que el señor Conde su Padre tuvo, como hijo, y heredero de la Señora Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, que fue muger del Señor Don Martin Davila, Duque de Estrada, sus Padres difuntos, como la succession del Mayorazgo, fundado por el Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, y Doña Isabel de Sandier, sus Abuelos maternos.*

5. Y de donde se deducian estos derechos, y con què justificaciones, para cuya prueba se les pusieron presentes â los Arbitros tres quadernos de autos de los pleytos seguidos hasta el otorgamiento del compromisso: En el vno, que tiene el titulo de acreedores â Don Luis Rodriguez de Medina, y Doña Isabel de Sandier su muger, que aunque segundo ramo, es preciso referir primero de èl, lo que conduce â este hecho, por tener el trasllado â la letra de los instrumentos, que no se hallan, sino por testimonio en el primero de las particiones. Y el tercero es el corriente sobre el compromisso, â que està acumulado el de la executoria de la Sala, en que se declararon por vinculadas las referidas alcavalas de Salteras. Y demàs se dieron memoriales, ê informes extrajudiciales por la parte de la Condesa.

6. Consta que en 25. de Agosto del año passado de 1655. Luis de Medina Orozco, Veintiquatro perpetuo de esta Ciudad de Sevilla, otorgò poder para testar â Doña Isabel de Sandier su muger, dexandole para ello dos memorias, firmadas de su nombre, la vna en nueve fojas, y parte de otra, y la otra de tres fojas, rubricadas del Escrivano Publico del otorgamiẽto, para que por ellas se guiasse, la nombrò por su albaccèa, y â Don Martin Davila, Duque de Estrada, su yerno, y â Don Luis Joseph Rodriguez de Medina Orozco, su hijo, Cavalleros del Orden de Santigo, â el qual con Doña Luisa Bernarda Rodri-

driguez de Medina, muger del Don Martin, sus hijos, y de la dicha su muger, instituye por sus herederos. Y entre las clausulas del poder està la del thenor siguiente.

7. *Y atento, que mi intencion, y voluntad, y de la dicha Doña Isabel de Sandier mi muger, ha sido, y es de instituir, y fundar vn Mayorazgo de todos los bienes raizes, que yo, y la dicha mi muger tenemos, y assimismo tiene noticia de todas las joyas, plata labrada, bienes muebles, y trigo, y zebada, y demàs cosas, que posseemos, quiero, y mando, que la dicha Doña Isabel de Sandier mi muger, por sì propria, por lo que le toca, ô tocar puede, y por mi, y en mi nombre, y en virtud de este poder, pueda hazer, y fundar, y otorgar el dicho vinculo, y Mayorazgo en fabor de las personas, que segun se contiene en las dichas memorias, que assi le dexo en su poder para govierno de ello, para que conforme â ellas lo haga, y disponga, assi de sus bienes, como de los mios con los mismos llamamientos, y successiones, que en ellas se refieren, y le pido, que assi lo cumpla por la parte, que le toca, atento â que â el tiempo, que yo me casè, no hize inventario de mis bienes, y estamos conformes en que assi se haga.*

8. Y estando presente â el otorgamiento del poder Doña Isabel de Sandier lo acepta, y se obliga â fundar el Mayorazgo con las clausulas, llamamientos, y condiciones, que lo dispone su marido, dà poder â las Iusticias, para que â ello la apremien, y para la aceptacion, y obligacion le pide licencia en la forma ordinaria, y jura de averlo todo por firme, y no revocarlo, como parece de la clausula fol. 28. que es como se sigue:

9. *Otorgo, que acepto, y consiento este poder, y comission, y me obligo de hazer, y cumplir todo quanto por èl es, y queda â mi cargo, y de hazer el dicho vinculo de mis bienes, y de los del dicho mi marido, sin que lo pueda alterar, revocar, ni contradezir en manera alguna, y para cumplimiento de ello obligo mis bienes, y rentas avidos, y por aver, y doy poder â las Iusticias de su Magestad, de qualquiera fuero, y jurisdiccion que sean, para que me executen â su cumplimiento, como por sentencia passada en cosa juzgada. Y renuncio las leyes, y derechos de mi fabor, y la general del derecho, y las del Veleyano, Toro, y Partida, que son en fabor de las mugeres, para que no me valgan, porque de ellas me avisò el presente Escrivano Publico en especial, de que yo el presente Escrivano Publico doy fee. Y por ser casada, para mayor abundamiento, y firmeza de lo por mi otorgado, juro, y prometo por Dios, y por su Santa Madre, y por la señal de la Cruz, que hago en*

forma de derecho ante el presente Escrivano Publico , y testigos , de cumplir , y aver por firme, lo que dicho es , y de no lo revocar, ni contradezir por mi dote , ni arrhas , ni bienes heredados , ni multiplicados , ni paraphernales, ni por otro ningun derecho , que me compèta : Y en contrario no tengo hecho , ni harè juramento , reclamacion , ni protestacion; y si pareciere, la doy por ninguna , porque declaro , que la otorgo de mi libre voluntad , sin ser apremiada por el dicho mi marido , ni por otra persona alguna: Y de este juramento no pedirè absolucion , ni relaxacion â quien me la deba conceder; y si me fuere concedida, no vsarè de ella en manera alguna.

10. En 30. del mismo mes de Agosto muriò el Veintiquatro Luis de Medina , y en 27. de Diziembre del mismo año , cinco meses despues , con toda premeditacion Doña Isabel de Sandier , vsando del poder de su marido, otorga su testamento , el qual dize , que lo haze por sì misma , por lo que le toca, ô tocar puede, y en nombre, y voz del dicho Veintiquatro Luis de Medina , y en virtud del poder, y comission, que le diò , *para que por èl , y en su nombre pudiesse hazer , y otorgar su testamento , y cierto vinculo , y Mayorazgo del tercio , y remanente del quinto de todos sus bienes , y mios , que por mi con su licencia fue aceptado, y de cumplir , lo que quedaba â mi cargo , y de hazer el dicho vinculo de mis bienes.*

11. Inserta â la letra las memorias referidas, en donde consta la declaracion, que haze, del capital, que llevò â el matrimonio Luis de Medina , que importò 750ꝰ. reales de plata, y que la dote de Doña Isabel su muger, fue de 250ꝰ. reales de la misma moneda , en que dize estàn conformes , y que no se necessita de ajuste de esto , mediante la conformidad , y poder irrevocable , que se dàn el vno â el otro para la fundacion del Mayorazgo , que con efecto se fundò con todas las firmezas , y gravamenes necessarios para ello.

12. Y reservan en sì por todos los dias del que sobreviviere el goze , y administracion de los bienes del vinculo, y assi lo disponen de vna cõformidad en la clausula del fol. 40. *Y conformes le hazemos , y otorgamos con libre administracion el vno â el otro , y dandonos poder irrevocable por todos los dias de nuestra vida para la administracion de todos los bienes , que parecieren ser nuestros, assi los que al presente posseemos , como los que nos pertenecieren aora , ô en algun tiempo : Y assimesmo para que por todos los dias de nuestra vida administremos , y gozemos el vinculo , que aqui fundamos , el qual*

ha

ha de estar â nuestra disposicion, y de cada vno de nos, que â esso dexamos sujetos todos los bienes, que â el presente tenemos, y tuvieremos, y vinculàremos.

13. Hazen los llamamientos de èl en primer lugar â Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, y â sus hijos legitimos, prefiriendo el varon â la hembra, y el mayor â el menor, y que asi discurra por toda su descendencia, y acabada esta linea, llama â Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, muger del Don Martin Davila, Duque de Estrada, y â sus hijos, y descendientes en la misma forma, y acabada esta, haze otros llamamientos, y substituciones, tanto de parientes de parte de su marido, como suyos.

14. Adjudican por caudal â el vinculo el tercio, y remanente del quinto de los bienes de ambos, en que mejoran â Don Luis su hijo, primer llamado, con la calidad, de que este aya de vincular sus legitimas, y que de no hazerlo passe â el siguiente en grado, que lo era la Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, y señalan bienes, en primer lugar las alcavalas de la Villa de Salteras con su jurisdiccion alta, y baxa, segun las tienen compradas de su Magestad, y otros diferentes, cumplimiento â el valor del tercio, y remanente del quinto, y herencias, y con la condiciõ, que asi lo ha de aceptar el dicho D. Luis por clausula especial, como se refiere en la del fol. 62.

15. *La qual fundacion de vinculo, y Mayorazgo aveis de gozar, haziendo primero, y ante todas cosas aceptacion de èl con las condiciones, y calidades, que en èl se ponen, quales aveis de aceptar sin faltar cosa alguna, pena de que passarà â el siguiente en grado, y consintiendo por clausula particular, que vuestra legitima paterna, y materna entre en el dicho vinculo, y que entre ligada, y consolidada en el dicho vinculo, y bienes aqui expressados, y declarados, porque con essa calidad, y condicion hazemos, y fundamos el dicho vinculo, y Mayorazgo: Porque si en algun tiempo hiziereis, y alegareis, ò reclamareis, ò hiziereis reclamacion, y quisiereis, en virtud de ello, separar vuestra legitima, en tal caso no os llamamos â el dicho Mayorazgo, y vinculo, sino llamamos â el siguiente en grado.* Y prohibe la enagenacion con las mismas penas de privacion.

16. Buelve â afirmar esta vinculacion Doña Isabel de Sandier por sì, y en nombre de su marido con todas las clausulas necessarias, especiales, y precisas, que conducen â la

irre-

irrevocabilidad, por averse hecho de conformidad, revalidando su obligacion, que yà avia tenido cumplido efecto, segun lo contratado con èl, como parece del fol. 77. B. *Que si es necessario, desde luego para en fin de mis dias, y desde entonces para aora, y como mejor puedo â mayor abundamiento de dicho tercio, y remanente del quinto de mis bienes, y para el dicho efecto, de que quede vinculado, le hago gracia, y donacion â el dicho mi hijo, y â todos los successores despues dèl de toda la parte, que pertenece, y pudiere pertenecer del dicho tercio, y remanente del quinto de mis bienes, para que por la dicha via de vinculo lo tenga, goze, y possea èl, y los demàs llamados â èl, por justas causas, que para ello ay, de cuya prueba le relevo, sin que lo pueda alterar, ni contradezir por via de lesion, ni engaño, ni otra manera. Y se la insinùo, y he por insinuada, y legitimamente manifestada ante el presente Escrivano, y testigos.*

17. Ratifica tambien las renunciaciones, que antes tenia hechas en el poder sup. num. 9. Y para su mayor validacion buelve â obligarse con su persona, y bienes avidos, y por aver. Y concluye la vinculacion con la clausula, que empieza â el fol. 78. cuyo thenor es assi: *E yo la dicha Doña Isabel de Sandier quiero, y tengo por bien, que esta mejora, que assi hago â el dicho mi hijo por via de vinculo, y â todos los successores en èl, aya de ser, y sea irrevocable, para no lo poder revocar, ni contradezir en manera alguna, por quanto es hecha, y la hago de mi libre voluntad, y en conformidad de lo que yo, y el dicho mi marido dispusimos por la dicha memoria, que de conformidad hizimos, estando, como estabamos, ambos en nuestro juizio, y determinada voluntad, y assi quiero que se guarde, y cumpla.*

18. Y reitera el juramento para mayor firmeza de la irrevocabilidad en la forma siguiente: *Por lo que tiene esta escritura de donacion, yo la dicha Doña Isabel de Sandier, para mayor firmeza de lo por mi otorgado, juro, y prometo por Dios Nuestro Señor, y por Santa MARIA, y por la señal de la Cruz, que hago en forma de derecho ante el presente Escrivano Publico, y testigos, de cumplir, y aver por firme lo que dicho es, y de no lo reclamar, ni contradezir.*

19. Estando presente â este otorgamiento Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, por sì, y en nombre de todos los llamados â el vinculo, lo aceptò, y consintiò en la forma, que se ha referido, y condiciones, que quedò fundado.

20. Exe-

20. Executado lo referido, y posseyendo los bienes assignados en el vinculo, conforme â la clausula de reserva sup. num. 12. Doña Isabel de Sandier en 18. de Junio del año de 1657. pareciò ante el mismo Escrivano, y sin mas razon, que la de dezir: Que podìa, por lo que â sì tocaba, revocar el testamento, y Mayorazgo, otorgò escritura, en que dixo: Que por su parte, y por lo que le tocaba, y tocar pudiesse, revocaba, y revocò el testamento, y vinculo, para que no valiesse, y que assi se anotasse en su original, como se executò, y quedò anotado.

21. Todo esto estuvo en silencio hasta 31. de Mayo de 1660. que parecieron Doña Isabel de Sandier, Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, y Don Martin Davila ante el Theniente Primero de esta Ciudad, y provocaron el juizio de particion â los bienes del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina. Se huvo por provocada, nombraron Contador, que procediò â la particion, y con efecto se concluyò: Y aviendoseles ofrecido diferentes dudas sobre ella, otorgaron escritura de compromisso todos, para que estas las determinasse otro Contador, que lo fue Juan de Espinosa, quien con efecto diò su parecer, y se aprobaron por el Theniente.

22. Es de advertir, que en esta particion se separò el oficio de Veintiquatro, que vsaba Luis Rodriguez de Medina, por dezir, que este estaba arrendado, y con su renta se pagaba el tributo de 4U. ducados de plata, que pertenecia â el Mayorazgo, que gozaba Don Christoval Bañez de Salcedo, y que si el dicho oficio se vendiesse por mas precio de los 4U. ducados de plata de principal, avia de ser partible entre los herederos, como se avia hecho con los demàs bienes.

23. Tambien consta de la particion, averse adjudicado â Doña Isabel de Sandier en parte de su dote, y arrhas las alcavalas de la Villa de Salteras por 20U. ducados, en que se tassaron, y apreciarõ cõ el cargo de pagar â el vinculo 151U166. maravedis de principal, y por ellos 7U558. de renta en cada vn año.

24. Estas particiones consta, averse estado en poder de D. Luis Joseph Rodriguez de Medina veinte y quatro años, hasta que por Don Luis Bartholomè Davila, Prevendado de la Santa Iglesia Mayor de Sevilla, hijo de Don Martin Davila, Duque de Estrada, y de Doña Luisa Bernarda Rodriguez

de

de Medina en 10. de Noviẽbre de 1684. para efecto de la cobranza de vn legado, que le hizieron el Veintiquatro Luis de Medina, y Doña Isabel de Sandier sus Abuelos, de que se harà mencion despues en los fundamentos de derecho en el lugar, que corresponde. Pidiò, que declarasse Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, si paràban en su poder, y que, si paràban, las pusiesse en el oficio del Escrivano: Declaròlo assi Don Luis, y con efecto entregò los autos. Con vista de los quales se pidiò execucion por la cantidad del legado, y se movierón diferentes articulos por Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, viuda yà del Don Martin Davila, cõtradiziendo la venta de las alcavalas, que se intentaba hazer por D. Luis Joseph de Medina, y otros con Soror Maria de la Encarnacion, y Soror Maria de Santa Vrsula, agraviandose de las cuentas de particion, y tambien otros diferentes agravios, que expresò Don Luis Joseph contra las mismas cuentas, que sin embargo estàn aprobadas, y determinadas por el Juez arbitro, se oyeron, y admitieron por la lesion, que alegò.

25. Y sobre todo ello huvo determinacion, y executoria de la Real Audiencia, declarando vnos agravios, y absolviendo en otros â los interessados, de que se hizo liquidacion por el Relator del pleyto, dexando siempre separada la Veintiquatrìa para la paga, y redempcion del tributo del Mayorazgo de Don Christoval Bañez de Salcedo, y no consta que esta liquidacion se aprobasse, ni se prosiguiessen los autos, quedando todavia pendientes diferentes pretensiones de los interessados; si, que la Veintiquatrìa se administrò siempre por Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, llevando la cuenta con Don Diego de Miranda, del Orden de Calatrava, y Procurador Mayor de la Corte, que la servìa. Compruebase esto con las cartas, puestas en el pleyto, escritas por Don Diego â el Don Luis Joseph, sobre la cobranza de la renta, y baxa, que pedia de ella, que se traxeron â los autos por el mismo Don Luis Joseph para las liquidaciones.

26. Porque aunque huvo la determinacion, de que esta Veintiquatrìa se vendiesse para la redempcion del censo, con la calidad, que si valiesse mas del principal, y corridos, se avia de repartir entre los dos herederos; y si menos, lo avian

de

de ſuplir *pro rata*, como quedò con la poſſeſsion de todos los bienes Don Luis Joſeph Rodriguez de Medina, por titulo de Mayorazgo, y por el de heredero de Doña Iſabel de Sandier, mediante el que no huvo particion de los bienes de eſta, ni percibiò coſa alguna de la herencia ſu hija Doña Luiſa Bernarda, Abuela del menor (que es vno de los derechos) que eſte repreſenta, y ſe comprometieron.

27. Y para mas claridad ſe ſupone, que por el teſtamento, que otorgò Doña Iſabel de Sandier en 9. de Julio de 1673. baxo de cuya diſpoſicion muriò, mejorò en el tercio, y remanente del quinto â Don Luis Joſeph Rodriguez de Medina ſu hijo, ê inſtituyò por ſus herederos â eſte, y â Doña Luiſa Bernarda ſu hermana, ſe hizo inventario, ſe tratò de la particion, ſe nombraron Contadores, y apreciadores de las alcavalas de Salteras, y nunca tuvo efecto, quedandoſe todo el caudal *pro indiviſo*, y en poder de Don Luis, que lo gozò haſta el año de 1696. con los bienes raizes adjudicados, en la particion de los de ſu padre â Doña Luiſa ſu hermana, y muchos de los muebles, como lo declara eſta â pedimento del miſmo D. Luis Joſeph el año de 1690. â el fol. 165. del ramo de acreedores.

28. Del tercero, y vltimo ramo, que ſe manifeſtò à los Arbitros, conſta, que en eſtos bienes entrò Doña Maria Rodriguez de Medina deſde la muerte de ſu Padre Don Luis Joſeph, y los poſſeyò haſta el año de 1708. que muriò, por cuya muerte el Conde de Valhermoſo Don Lorenzo Davila y Medina, en quien ſe avia transferido la poſſeſsion civil, y natural del Mayorazgo, que fundaron ſus Abuelos, pidiò la real actual de los bienes raizes, y alcavalas, de que ſe componia, y ſe le diò. Tambien conſta que Soror Maria de San Jacinto, y Soror Maria de la Reſurreccion, herederas inſtituidas por el teſtamento, que otorgò la Doña Maria Rodriguez de Medina ſu hermana, tomaron la poſſeſsion del oficio de Veintiquatro, y ſe opuſieron â la que el Conde tenia de las alcavalas pertenecientes â el Mayorazgo, y el Convento por ſu interès, de que reſultò tranſigirſe con el Conde.

29. Se tranſigen las Religioſas, como herederas de ſu hermana, la qual lo fue de Don Luis Joſeph Rodriguez de Medina ſu Padre, en quien recayò la herencia de Doña Iſabel de Sandier con la mejora de tercio, y quinto, repreſen-

tan-

tandolo todo las Religiosas, y el Convento por su proprie-
dad, y le dàn â el Conde Don Lorenzo Davila las alcavalas
en propriedad, possession, y vsufructo, con el cargo de aver-
les de pagar â cada vna 100. ducados de renta vitalicia, y con
la calidad de aver de suceder la vna â la otra, y la vltima, que
aya de tener vn año de supervivencia de la expressada renta,
estando estas alcavalas libres de valimiento, porque no estan-
dolo, los 200. ducados se han de satisfacer con 150. â cada
vna.

30. Y tambien con los cargos de pagar el principal, ê intereses corridos, y que corrieren de la porcion, que en la particion del dicho Luis de Medina se adjudicò â el dicho vinculo, y quedò â cargo de Doña Isabel de Sandier, sobre las alcavalas de Salteras, de que se ha hecho mencion sup. num. 23. Y asimismo pagar del censo de 4U. ducados del Mayorazgo del Doctor Bañez 8U. reales de corridos, que se estaban debiendo por Doña Maria Rodriguez de Medina, y lo demàs, que corriere hasta la redempcion, obligandose el Conde â hazerla en forma dentro de dos años, para dexar libre â el Convento el oficio de Veintiquatro del gravamen, ê hypoteca, que tenia, que le avia de quedar en propriedad, y vsufructo para poder venderlo, ô arrendarlo, como mas bien le pareciesse, y cõ la obligacion tambien de pagar 500. pesos escudos de plata, q̃ debia Doña Maria de Medina â el Canonigo D. Luis Bartholomè Davila y Medina, hermano del Cõde, y renunciando la accion, que le cõpetìa por las deterioraciones de las fincas del Mayorazgo, que estas se manifestaban ser grandes: De forma, que en substancia compròlas el Conde Don Lorenzo, y con excesso, y lesion, pues estas en la venta, que se tratò de ellas solo huvo postor, que llegasse â el precio de 12U. ducados, y calculadas las obligaciones, de que se haze cargo, y la renuncia importan mas de 24U.

31. Estando el Conde en possession, y propriedad de las dichas alcavalas, y reconociendo los grandes derechos, que tenia el Mayorazgo, y que no se pudieron segregar de èl, puso demanda, para que se declarassen por vinculadas con todo, lo que les pertenece, pidiendo se substanciasse con su hijo segundo, y demàs posteriores, que no fuessen herederos del Mayorazgo, y que se declarasse asimismo aver sucedido en ellas, no por razon de la cession, que se le haze en la tran-

sac-

faccion ; fino es por la de vinculacion , dando los motivos , y fundamentos de derecho , que despues se referiràn en su lugar, de que se diò traslado â el Padre,Tutor,y Curador general de Menores , con quien se substanciò legitimamente , y con todas las solemnidades de derecho ante el Juez Ordinario, quien por su sentencia las declarò por del vinculo , y Mayorazgo , que fundaron el Veintiquatro Luis de Medina , y Doña Isabel de Sádier su muger,en que avia succedido el dicho Conde, por muerte de Doña Maria Rodriguez de Medina su vltima posseedora.

32. Y mandò , que las gozasse , y posseyesse mientras fuesse posseedor del Mayorazgo, y despues todas las personas, que en èl succediessen , conforme â la fundacion , que por sì, y en nombre del Veintiquatro Luis de Medina otorgò Doña Isabel de Sandier, yà viuda del susodicho en 27. de Diziembre del año de 1655. por ante Juan Gallegos Hurtado, Escrivano Publico del numero de esta Ciudad , sin embargo de la pretension , deducida por el Padre , y Curador general de Menores por el segundo , y demàs posteriores hijos del Conde , de cuya sentencia se interpuso apelacion , y en la Real Audiencia , esforzandose la defensa por el Padre de Menores, se confirmò en las dos instancias de vista,y revista,quedando executoriada.

33. Muriò el Conde Don Lorenzo , y succediò en el Mayorazgo su hijo primogenito, y reconociendo la Condesa su Madre, q̃ eran intolerables las expressadas obligaciones, y que padecia vna lesion,si se puede dezir, mas que enormissima , siendo incapaz la redempcion del censo , y desembolsos grandes , â que se avia obligado el Conde , cediendo la Veintiquatrìa , que aun no era del caudal comun , representò esto â el Convento, y Religiosas por personas de authoridad, de ciencia , y conciencia , las quales informadas de la verdad,dispusieron el compromisso referido en dos Abogados,y otro tercero para en caso de discordia.

34. Dieron sus sentencias , el primero declarando, que debia subsistir la executoria de los Señores de la Real Audiécia, en que declararon por vinculadas las alcavalas , y que no se pudo revocar la donacion por Doña Isabel de Sandier, por las razones, que expressa , y que mediante la aceptacion de Don Luis Joseph Rodriguez de Medina , tuvo siempre obli-

gacion de vincular sus legitimas paterna, y materna. Y que en quanto â la transaccion no pudo el Conde ceder el oficio de Veintiquatro. Y por lo que toca â los corridos del censo, que se dezia aver pagado Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, y Doña Maria su hija el tiempo, que avian posseìdo el Mayorazgo, no debian repetir cosa alguna, mediante aver gozado enteramente las fincas de su imposicion. Y por lo perteneciente â la cantidad pagada por su legado â Don Luis Bartholomè Davila y Medina, pagò el Conde su mitad.

35. Y en quanto â los 200. ducados de la transaccion, por considerar â las Religiosas nietas de los fundadores, se les debian satisfacer siempre, que su Magestad no se valiesse de las dichas alcavalas, ô de alguna parte de ellas, porque en este caso no tenia obligacion el posseedor del Mayorazgo, mas que â lo contratado.

36. El otro de los Juezes Arbitros declarò por vàlida la escritura de transaccion, sin hazer mencion en su determinacion de la executoria, y condenò â los herederos del Conde, (que no se comprometieron) â que dentro de dos meses, contados desde el dia, que se les notificasse, ê hiziesse saber su sentencia, rediman el censo de los 4U. ducados del Mayorazgo del Doctor Bañez, para que de essa suerte quede libre el oficio de Veintiquatro. Y tambien declara, que en execucion de la escritura de transaccion, los herederos paguen los 200. ducados â las Religiosas en todo el tiempo, que constare no averse valido su Magestad de ellas; y en tiempo, que constare averse valido enteramente, paguen â razon de 100. ducados, y valiendose de la tercia parte, paguen la pro rata.

37. Vistas estas determinaciones por el tercero en discordia, dixo conformarse, y seguir el parecer del segundo de los Arbitros, y declarar por vàlida la transaccion, y ajuste entre el Conde, y las Religiosas, â quienes no ha podido obstar la executoria, por no averse litigado con ellas, por cuya razon se deben tener por libres, y no vinculadas. Y que en quanto â el termino de dos meses para hazer la redempcion de los 4U. ducados, se conforma con que el termino sea de seis meses, y esse peremptorio, y con denegacion. Y que en quanto â los 200. ducados de renta vitalicia, sea con calidad,

lidad, que en los años, que su Magestad no se ha valido en el todo de dichas alcavalas, sino solo del tercio de su importe, se ayan de pagar 140. ducados: Y que si se les estuviesse debiendo algo del total valimiento, cobre cada vna â razon de 50. ducados solamente, y que con estos conques, y aditamentos conviene, y se conforma con la sentencia del segundo Arbitro.

38. Notificada esta sentencia, se pidiò por parte de las Religiosas execucion por los corridos de la renta vitalicia, contra bienes, y herederos del Conde Don Lorenzo, y especial contra las alcavalas, fundandose en las sentencias de los Arbitros, en cuyo estado la de la Condesa, protestando dezir de nulidad, de todo formò competencia en los autos de la executoria de la vinculacion de las alcavalas, pretendiendo, que los pleytos referidos sup. num. 5. se avian de juntar, y acumular para poder expressar las nulidades. Y vistos sobre el punto de acumulacion, se mandò acumular el de la referida executoria, â el pleyto executivo del compromisso, declarando no aver lugar con la calidad dèl *por aora*, la acumulacion de los de la particion, y de acreedores â los bienes del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, y Doña Isabel de Sandier.

39. Y vsando la Condesa de la protesta, que hizo, insistiò en los defectos, y nulidades del compromisso, y de la execucion despachada contra sus menores, cuyos derechos no se comprometieron, y que los Arbitros no debieron dàr sentencia, sino solo conforme â la facultad, que se les concediò, ni su sentencia en esta parte es exequible, ni fueron capazes de declarar por libres las alcavalas por las razones, que expressò, y se veràn despues, concluyendo en que se avia de dàr todo por nulo, y restituirse al menor. Sin embargo se le encargaron los diez dias de la ley, de cuyos autos se apelò, y se confirmaron con la calidad, de que primero se diesse la fianza de la ley de Madrid, mandandose debolver.

40. Y debuelto el pleyto se prosiguiò la via executiva, oponiendose otras nulidades, que se referiràn en su lugar, sobre que cayò la sentencia de remate, por lo debido de la renta vitalicia, que pagada por la Condesa, se apelò, pidiendo, que passasse el pleyto por su orden de sentencia,

cia â la Real Audiencia, en donde, aviendose expressado agravios, se recibiò â prueba. Y respecto, de que pidieron las Religiosas execucion contra los bienes de los menores por 4ij. ducados de plata, que importa el principal del censo del Doctor Bañez, para efecto de redimirlo, y que les quedasse libre de la hypoteca la Veintiquatrìa, sobre que tambien huvo oposicion por la Condesa, y se reservò este articulo para difinitiva.

41. En este estado el pleyto, mediante el aver muerto el Conde Don Juan Davila, succediò en el Mayorazgo su hermano Don Joseph, en cuyo nombre la Condesa alegò de nuevo, y apelò de todos los procedimientos de los Arbitros, y del Ordinario, fundandose en las nulidades, y en que no se le pudo perjudicar â su Mayorazgo, consintiendo Don Luis Joseph la supuesta revocacion. Este es el hecho, que se ha solicitado ceñir para la mayor inteligencia de los fundamentos de derecho, los quales se dividiràn en quatro articulos, siendo su principal objecto la vinculacion de las alcavalas.

42. El primero, no aver podido Doña Isabel de Sandier revocar la fundacion del Mayorazgo, que hizo por sì, y en nombre del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina su marido, ni consentirla D. Luis Joseph Rodriguez de Medina primer llamado.

43. El segundo, no averse debido transigir el punto de la executoria de la vinculacion, y estàr esta legitimamente litigada, sin necessitarse para ello de la citacion de las Religiosas.

44. El tercero, aver excedido los Arbitros de su comission, y hecho agravio â el vinculo, en no aver declarado por nula la cession de la Veintiquatrìa.

45. El quarto, se satisfaràn las objecciones, que se han opuesto de contrario.

ARTICVLO PRIMERO.

46. EN el poder, que otorgò el Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, se celebrò vn contrato puro, reciproco, ê irrevocable, porque en èl se obligan marido, y muger â fundar el Mayorazgo, vt supr. num. 9. y esta obli-

obligacion con las palabras, que expressa: *Y me obligo de hazer el dicho vinculo de mis bienes, y de los del dicho mi marido, sin que lo pueda alterar, ni contradezir*, inducen estipulacion, y contrato, por ser *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. L. Debitor, de verb. oblig. princ. Instit. de Oblig. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* Estas palabras se hallan repetidas en el poder, y â el tiempo del juramento: *Juro, y prometo de cumplir, y aver por firme, y de no lo revocar*, que obra la misma induccion, vt de verbo promittimus, est textus *in cap. 1. de Iudic.* ibi: *Primò id promisit.* Porque sunt verba evictionis de contrato puro entre vivos irrevocable. *L. 1.* vbi communiter DD. *ff. de evict. L. Illa stipulatio, 67. ff. de verb. obligat.*

47. Y quedò perfecta la obligacion, por ser licito el contrato entre marido, y muger: *Nam ex viri licentia vxor cum viro contrahere potest.* Vt de mutuo, est text. *in leg. penult. in princ. Et in l. vlt. ff. de in rem vers. Et in leg. Aurelius, §. fin. ff. de liber. legat.* Et de Venditione, *in leg. Si vir, ff. de præscrip. verb. L. Cùm in fundo, §. Vxor, ff. de jur. dot. Leg. Si sponsus, §. Circa venditionem, ff. de donat. inter vir. & vxor. L. Quod autem, §. Si vxor â marito, eod. l. Sed si vir ex lana, §. Si duo, & §. Si vir. eod. tit. l. si Gaudentius, Cod. de contrahend. empt.* De Societate, *l. ex diverso, §. 1. & §. Socero, ff. de solut. matrim. L. Alimenta, §. Qui societatem, ff. de alim. & cibar. legat.* De Permutatione, *l. Si prædia in princ. ff. de donat. inter vir. & vxor.* De Deposito, *l. fin.* vers. *Idem quærit, ff. vt legit. nomin. caveat.* De forma, que en todo genero de contrato, excepto en el de donacion (sino es en casos permitidos) pueden contratar, y obligarse ad invicem marido, y muger. Andr. Tiraquel *de legib. connubial. tom. 2. glos. 8. â num. 111.* cum sequentibus. Ciriaco *controv. 39. num. 3.* ibi: *Et in jure nostro non est incongruum, quòd jugales possint esse invicem obligati, nedum ex facto tertij; sed etiam simul contrahendo excepta donatione. L. Non tantùm, 20. ff. de re judicat.* Gracian *consil. 55. num. 37. volum. 1.* Hermosill. *in l. 4. glos. 9. num. 7. in fin. tit. 5. part. 5.* Barbos. *in l. 1. ff. de solut. matrim. num. 59.* Gomez *in l. 54. Taur. num. 3.* Et Matienzo *in l. 2. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. â num. 12.* Et Ayllon ad Gometium *lib. 2. variar. cap. 2. num. 9.* cum multis.

48. Doña Isabel de Sandier, cinco meses despues de muerto su marido, tratò de poner en execucion el contrato, aviendo tenido todo este tiempo para deliberar, y corregir

regir qualquiera afecto, que le pudiesse aver movido â otorgarlo, y convenir con la voluntad del Veintiquatro Luis de Medina su marido, y retraerse dèl, deliberando con bastante consejo, y premeditacion, si tenia algo, que fuesse contra su propria voluntad, y como dize el cap. *Anteriorum, in princ.* & ibi Archidiac. 2. *quæst.6. Deliberatio indiscussos hominum calores refrænat, & â malo iudicio retrahit.* Y es tiempo suficiente para la mayor deliberacion, quando para ello concede el derecho diez dias, excepto en los casos, en que las partes dàn motivo, pidiendo mas terminos, vt ex Auth. *de Appellat.* noster Iustinianus *collat.* 1. *in fine*, ibi: *Sed sit omnibus inspectionis copia, quæ in discusso hominum calores potest refrænare.* Et Dom. Gregor. Lopez, hablando en general deliberacion, *in l.* 1. *tit.* 6. *part.6. glos.* 1. verb. *Gran pro*, es de esta opinion con la misma authentica, y capitulo.

49. Y vsando del poder, y comission, y consintiendo la vinculacion de su marido, otorga el testamento, el qual dize, que lo haze por sì misma, por lo que le toca, ô tocar puede, y en nombre, y en voz del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, y en virtud del poder, y comission, que diò, vt sup. num. 10. *ex quo licèt verum sit,* que quando dos, ô ya sean marido, y muger, ô ya extraños, disponen en vn testamento, ô escritura, se reputan por dos disposiciones, y cada vna recibe division, *ex l. Lucius, §. Gayo, ff. ad Trevel. L. fin. §. filio, ff. de legat.* 2. *L. penult. Cod. de impuber. & alijs substit.* Et quæ latè congerit Dom. Larrea *decis.* 60. *â num.* 1. *&* 11. Y pueden dividirse sus llamamientos, y revocar el vno, y quedar conforme el otro, *l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de in offic. testament.* Dom. Præses Covarrub. *de Testament. part.* 2. *num.* 8. Tello Fernandez *in l.* 27. *Taur.* Padilla, Mieres, & alij.

50. At verò, quando vno dispone de consentimiento, y voluntad del otro, entonces se reputa por vna sola disposicion, y se hà de seguir la voluntad de aquel, que dispuso, sin que el otro, que prestò el consentimiento, lo pueda alterar, ni revocar, *ex l. Nec fratris, Cod. de donatio. caus. mor.* Rodericus Suarez *in l. Quoniam in prioribus in declar. leg. Regn. limit.* 5. *num.* 13. Petrus Peckius *de testament. coniug. lib.* 1. *cap.* 18. *numer.* 2. Dom. Molina *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 84. vers. *Sed hoc limitari solet.* Dom. Larrea *dict. decis.* 60. *num.* 12. circa finem. Ioannes de Deckher *lib.* 1. *decis.* 1. *num.* 7. cum seqq.

51. Y

51. Y este Author pone quarto caso especial, diziendo: Que quando vno dispone de consentimiento del otro, lo mismo procede, que quando ambos juntos en vn testamento, ô escritura disponen reciprocamente, dando cada vno su consentimiento, para que tenga efecto la voluntad del otro. *Dict.* *decis.* 1. *num.* 12. vers. *Quartum*, ibi: *Quartum casum habemus, quando vterque coniux de omnibus bonis, tam suis, quàm alterius mutuo consensu, communi dispositioni suppositis testatur inter liberos. Hoc namque casu piam hanc coniugalem, & mutuam dispositionem fatalis alterutrius dies, superstitis voluntatem desiderio morientis, & communi dispositioni mancipando immutabilem facit: Atque iste casus est, quem neque Antonius Faber, nec Peckius, nec Præses Evetardus, nec Suarez, nec alius quisquam tractavit.*

52. Conviene està doctrina con lo que hemos referido sup. num. 47. por el contrato reciproco entre marido, y muger, especialmente, y en que no dudan los Authores, quando es en favor de los hijos, ô extraños, y con lo mismo, que dize el Señor Larrea *dict. decis.* 60. *num.* 15. ibi: *Nam etsi consideremus consentientem alterius dispositioni donatorem censeri, & donatio, quæ inter coniuges non subsistit, valeat in extraneo, mediante persona conjugis, cuius dispositioni consensus datus. L. Profectitia, 5. §. Si quis certam, vers. Si fortè, ff. de iur. dot. L. Si vxor, 35. ff. de donat. inter. L. Si liqueat, 8. vers. Nam quod vxor, Cod. de inoffic. donat. Quasi nudus minister fit coniux, qui disponit. L. Sulpitius, 50. ff. de donat. inter. vt quamvis donatio prohibita sit ipsi coniugi â coniuge facta, tamen in extraneo non prohibetur, & videtur illi donare, qui consensit.*

53. Y en esta forma se entiende el poder, qne diò para testar â su muger el Veintiquatro Luis de Medina, si se quiere estàr vnicamente â el testamento de este, que consintiò Doña Isabel de Sandier en aquellas palabras sup. num. 9. *Otorgo, que acepto, y consiento este poder, y comission, y me obligo de hazer, y cumplir todo quanto por èl es.* Y lo que contiene el poder, y memorias, que dexa, y se insertan despues en el testamento, es la mejora de terciò, y remanente de quinto, hecha â su hijo primogenito con las calidades, que vàn referidas, con cuyo consentimiento, teniendo el testamento por solo del marido, se hizo irrevocable luego, que muriò este. Dom. Castillo *lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 38. ibi: *Ac denique, nisi maritus ipse solus testetur ex consensu vxoris, constituatque maioratum,*

aut

aut meliorationem de bonis, tam ipsius, quàm vxoris, tunc enim mortuo marito, eius morte confirmatur hæc vltima voluntas, tam quoad bona viri, quàm quoad bona vxoris. Y lo prueba *cum dict. l. Nec fratris, Cod. de donat. cauſ. mort.* Et *cum l. Sicut, §. Venditionis, ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolvit.* Y concluye, que eſto es comun en todo genero de diſpoſiciones.

54. Y aunque ſe puede dezir, que lo miſmo es aver conſentido Doña Iſabel la fundacion del Mayorazgo, que averlo fundado ella miſma, para poderla deſpues revocar por ſu parte: *Quia nihil differunt conſenſus præſtatio, vel actualis operatio, l. In ædibus, §. Quod filius, ff. de donat.* ibi: *Quod filiusfamilias Patris iuſſu, ac voluntate donavit, perinde eſt, ac ſi Pater ipſe donaverit, aut ſi meam voluntatem rem meam, tunc nomine meo filio dones. L. Pater, 22. ff. de manum. vindict.* ibi: *Solam enim electionem filio conceſsit, cæterum ipſe manumiſit, dict. l. Si liqueat, Cod. de inofficioſ. donat.* Dom. Molina *lib. 4. cap. 3. num. 24.* Et eius Addent. *lib. 2. cap. 3. num. 7. in fin.* Gama *deciſ. 208. numer. 4.* Porque aunque nos pudiera ſer de poco embarazo para la irrevocabilidad, como deſpues ſe dirà, ſe reſponde con la diſtincion, que traen los Authores, que es la ſiguiente:

55. Que la propoſicion de que el que conſiente, ſea lo miſmo que el que funda, ſi ſe conſidera en quanto â la validacion del acto, para quedar obligado el conſenciente, permanente, ê irrevocable, es verdadera, *perinde eſt, ac ſi ipſe faceret, qui conſentit*, y eſte es el ſentido verdadero de los textos. O ſe entiende la propoſicion, que lo miſmo ſea el conſentimiento, que la accion del operante, para que los eſtatutos, ô ley, que habla en quanto â los agentes, ſe entienda en la miſma forma, para los que conſintieron, y en eſte ſentido es falſa la propoſicion, de que *idem eſt agere, quod agenti conſentire*, como ſe prueba.

56. Lo primero, *ex l. Aliud, 121. ff. de reg. iur.* ibi: *Aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire. L. 2. ff. de manum. vindict. L. Pater, 4. §. fin. ff. eod.* donde impedido el menor de 20. años manumitir, por la prohibicion de la ley Æliacenſia, puede conſentir, que otro manumita. *L. Quidem decedens, §. Papinianus, ff. de adminiſt. tutor.* Cavalcan. *deciſ. 33. in princ.* Gonzalez *ad Reg. Chancell. gloſ. 47. num. 18.* ibi: *Quia propriè, & strictè loquendo, aliud eſt conferre, & aliud conferenti conſentire.* Y â el *num. 27. Quia paria ſunt conſentire, & obedire.* Bernar. Diaz *in*

Reg. 757. Boer. *decis.* 341. Azebed. *in leg. 7. tit.* 8. *lib.*8.*Recop. num.*25.

57. Gutierrez *in cap. Quamvis pactum, de pact. lib. 6. in princ. num. 47. vers. Sed re maturius*, ibi: *Aliud enim est vendere, aliud vendenti consentire, vt de reg. iur. L. Aliud, vbi Decius num.2. Quod aliud est contrahere; aliud contrahenti consentire: Aliud ergo est testari, aliud testanti consentire, & aliud est meliorare, aliud melioranti consentire: Vxor igitur consentiens testamento viri, non videtur nec testari, nec meliorare; sed testamento, & meliorationi viri consentire. Itaque hæc est alia species inter testari, & contrahere, nempe testamento, vel contractui alterius consentire, de quo minimè loquuntur dictæ leges Regiæ, ac proinde non obstant.*

58. Lo segundo: Porque en terminos de la *ley* 17. *de Toro*, quando el Padre, y la Madre mejoran â alguno de sus hijos, la puede qualquiera de ellos revocar en su vida. Cæterum quando el marido la hizo de bienes comunes de ambos, no puede revocarla en quanto â su parte, vt Matienzo *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 6. *Recop. glos.* 1. *num.* 3. *in fin.* ibi: *Respondeo confirmatum esse morte testantis, nec revocari deinde poterit per eum, qui consensum præstitit, vt est casus singularis in dict. l. Sicut, §. venditionis, ff. quibus mod. pign. vel. hyp. solvit.* Ex quo id expendit Bald. *in cap.* 1. §. *Donare,* 2. *col. qual. feud. alie. pote. Et in l. Nec fratris vbi cæteri interpretes adnotarunt, Cod. de donat. caus. mor.* con Rodrigo Suarez, Dom. Covarrubias, Tello Fernandez, con que concuerda Antonio Gomez *in l.*22.*Taur. num.*5.*vers. Tertio facit textus singularis.*

59. Y la razon es, la diferencia grande, que ay del que mejora, â el que consiente en ella, vt Gutierr. *in dict. cap. Quamvis pactum, num.* 47. Azebed. *in dict. l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. num.* 26. *in fin.* ibi: *Quoniam generalitas harum legum non est censendum casus speciales â iure dispositos, & fundatos corrigere; sed eos sub dispositione juris relinquere, & sic non corrigere dictum casum, quoties maritus solus de suis bonis, & vxoris, tanquam de suis disposuit, & post mulier eius consensum præbet dictæ dispositioni, & sic, vt dixi, vidi determinatum in Pinciana Chancellaria.*

60. Imò potius, quando este consentimiento, aviendolo dado en el poder, y memorias Doña Isabel de Sandier, despues lo ratificò, quando hizo el testamento: Porque entonces, aunque se quisieran reputar por dos disposiciones, que recebian division, cessa esto siempre, que consta, que la

vo-

voluntad de los dos fue hazer vna disposicion, ô vn solo Mayorazgo, y que aquellas dos voluntades, naturalmente divisibles, se hazian vna inseparable, y se reputan intelectualmente por vna sola voluntad. Tunc enim, tambien la disposicion ha de ser vna sola indivisible, ê inseparable, *L. Aliquando, ff. de condit. & demonstrat.* Docet Deckher. *dict. decis.* 1. *num.* 11. *vers. Aliud, & num.* 12. *vers. Quintus casus.* Dom. Greg. Lopez *in l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *verb.* El mas propinquo pariente, *col.* 3. *vers. Sed pone retento, eodem themate, quod maritus, & vxor expressè voluerunt, & disposuerunt, quòd esset vna tantùm maioria semper.* Et infra: *Imò vnus tantùm debet succedere, & tunc videtur, quòd præferatur consanguineus cuiusque ipsorum. L. Cum ita, §. in fideicommissum, ff. de legat.* 2. *propter vnitatem sermonis.*

61. Este es el hecho de nuestro pleyto, y en cuyos terminos nos hallamos, porque dispuso el Veintiquatro Luis de Medina por su poder, y memorias el Mayorazgo del quinto, y remanente de sus bienes, y de los de su muger, la qual lo consintiò con su licencia, y despues en virtud de la comission, *vbi testator scripserat, in l. A filio, in princ. ff. de alim. & cibar. legat.* lo executò vnico contextu con los llamamientos, que lo dispuso su marido, asi de la linea de ambos, como de los demàs parientes de cada vno, en caso de faltar la descendencia de sus hijos.

62. His suppositis, la fundacion de ambas mejoras de marido, y muger, que hizo en el testamento Doña Isabel de Sandier por sì, y por su marido fue irrevocable: Porque, aunque no tuviera mas, que la obligacion de no revocarla con palabras tan exuverantes, aunque le faltàran los requisitos todos en la *ley* 17. y 44. *de Toro*, de ningun modo la pudo revocar por su parte. Es esta resolucion comun de todos los Regnicolas, teste Dom. Molina *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 40. â quien siguieron el Padre Luis de Molina, Matienzo, Juan Gutierrez, Velazquez de Avendaño, Barbosa, el Señor Don Juan del Castillo, Fontanela, y otros, que juntan sus Addicionadores, los quales evitan facilmente las descisiones de las dichas leyes 17. y 44. con que los modos, que refieren se expressan en ellas, *exempli gratia*, no restrictivamente, vt videre est per dictum Molinam vbi sup. n. 39.

63. Bien es verdad, que esta clausula de irrevocabilidad la tratan los Authores referidos con generalidad; pero

en

en nuestra escritura se manifiesta no solo con las palabras, con que declarò su voluntad la donante, sino rebus ipsis, & factis, que es otro modo de explicarla: Y assi en la misma se obligò â no revocar, alterar, ni contradezirla en todo, ni en parte; y tiene tanta fuerza esta obligacion, que quando la donacion fuera causa mortis, vel aliter de su naturaleza revocable, con ella quedaba vàlida, y firmé. Esto prueba bien dict. *l. Vbi ita donatur*, 27. *ff. de donat. caus. mor.* donde, aunque la donacion fue mortis causa (assi lo dixo el Consulto en el principio de ella) con todo, porque se añadiò, vt nullo casu revocetur, sacò por consequencia, *causa donandì magis est, quàm mortis causa donatio.* Y assi concluye: *Et ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatiò.* Donde notò Gofredo litera B. *Pactum adjectum contra naturam contractus ipsum contractum non vitiat; sed eum mutat in alìud contractus genus.* Y el Señor Don Luis de Molina *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 40. dixo: *Donatio causa mortis, quæ sui natura revocabilis est, ex pacto de non revocando, irrevocabilis efficitur.* Addo Dom. Covarrubiam in rubrica *de testament.* 2. *part. num.* 11. Pelaez de Mieres 1. *part. quæst.* 30. Dom. Castillo *tom.* 5. *Quotidianarum*, *cap.* 80. *num.* 6. Feliciano *de Censibus, lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 24.

64. Y reduciendo los Authores â la especialidad de institucion de Mayorazgo, ô fideicommisso, que *ex propria natura revocabilia sunt, adeò vt ipsemet instituens, sive Regia facultate præcedente, sive absque illa, sive ex contractu, sive ex vltima voluntate instituta sint revocet.* Palabras son del Señor Don Luis de Molina dict. *cap.* 2. *in principio lib.* 4. Sin embargo de lo qual, y aunque no se vse de ninguno de los tres medios, que por dichas leyes 17. y 44. de Toro se dàn para hazerlos irrevocables, si en la institucion el fundador se obligare â no revocarlos, quedan firmes para siempre. Assi lo resolvieron el mismo Señor Molina, y los Authores todos, que llevamos citados sup. num. 62.

65. Sin ser necessario el recurso â otra inteligencia mas, que â la claridad, con que en todas las clausulas, tanto del poder, como de las memorias, y de la misma fundacion, que haze en el testamento Doña Isabel de Sandier, repite la irrevocabilidad, y la obligacion de no revocar el Mayorazgo por via de donacion irrevocable, porque en las cosas, que dependen de la voluntad, como es esta, si en lo que se dispone

ne ay claridad, no se debe andar por discursos, conjeturas, y argumentos, pues la buena interpretacion es aquella, *quæ cohæret ipsis verbis, quæ literaliter intelligenda sunt, & sic censentur reiectæ interpretationes coniecturatæ restrictivæ, & extinctivæ.* Palabras son de Marta de *successione legali* 4. *part. quæst.* 9. *art.* 6. *num.* 3. Y â este proposito dixeron Baldo, Paulo de Castro, y otros, que refiere Roland. *cons.* 34. *num.* 47. volum. 4. Que *illud dicitur ad literam intelligi, quod oculo corporali legitur, non autem, quod intellectu percipitur*: Maximè si las palabras, como las que hemos referido, no lo sufren, que esso serìa destruirlas: *Cum sit proprium receptæ interpretationis exponere verbum; non perimere.* Como dixo el Señor Valenzuela Velazquez *cons.* 63. *num.* 169. y antes Tiraquelo *de revocandis donat.* verbo *Liberi, num.* 14. De donde justamente se persuadiò Bursato, despues de Curcio, y otros *cons.* 36. *num.* 24. que quando las palabras estàn claras, toda interpretacion es calumniosa, y toda prueba escusada.

66. Como lo fuera, si en este caso se le quisiera dàr alguna para concluir la irrevocabilidad de la clausula sup. num. 17. en que dize: *Què este vinculo ayà de sèr, y sea irrevocable para no lo poder revocar, ni contradezir en manera alguna.* Y la afirma mas con el juramento: *Por lo que tiene esta escritura de donacion, yo la dicha Doña Isabel de Sandier, para mejor firmeza de lo por mi otorgado, juro, y prometo por Dios nuestro Señor, y por Santa MARIA, y por la señal de la Cruz, de cumplir, y aver por firme, lo que dicho es, y de no lo reclamar, ni contradezir*, vt sup. num. 18. Y este juramento haze irrevocable la disposicion sin alguna duda, vt in terminis tenet Dom. Molina dict. *lib.* 4. *cap.* 2. â *num.* 55. Mayormente quando està puesto sobre el pacto de no revocar: Resolucion, que llevan todos los Authores con la inteligencia de la *ley final, Cod. de non numerata pecun.* Et eius Addit. *â qua opinione non est recedendum.* Y aun los mismos, que tuvieron, que el pacto de no revocar no obraba por sì solo, vt ex Mieres 1. *part. quæst.* 30. Angulo, & alijs, nota Dom. Castillo dict. *tom.* 5. *cap.* 80. *in additione*, vers. *Negativam tamen.*

67. Y es de reparar, que concluyen la question del efecto, que causa el juramento puesto sobre el pacto de no revocar, â distincion del que se puso simpliciter para la irrevocabilidad, sin necessitarse de aceptacion, ni de otra cosa alguna mas de la de estàr jurada la donacion. Dom. Gregor.

Lo-

Lopez *in l. 4. tit. 4. part. 5. glos.* 1. Cancerio 1. *part. cap.* 8. *num.* 22. *&* 23. Y la funda Thesaur. *decis.* 70. *num.* 8. *vers. Pro concordia.* Pater Thomas Sanch. *lib.* 1. *disput.* 7. *â num.* 23. *vsque ad* 26. Alexandr. Trentacinq. *Variar. Resolut. lib.* 3. *resolut.* 1. *de Donat. num.* 14. *&* 15. Hermosill. *in dict. l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 41. Gutierr. *de Iurament. confirm. part.* 1. *cap.* 12. *num.* 7. ibi: *Sed, vt res omni proculdubio, & in tuto fiat, apponatur juramentum in huiusmodi donatione & pacto de non revocando eam, quia iuramentum hoc (provt aliàs in jure scriptum extat) operatur, vt quod revocabile erat de sui natura, irrevocabile nunc fiat, quantò fortiùs in præsenti nostra quæstione: Cùm etiam absque juramento secundùm veriorem sententiam donatio sit irrevocabilis.* Y concluye despues: *Imò quod sive clausula suprad. generalis, vel specialis de non revocando cum iuramento firmata apponatur verbis dispositivis donationis, sive executivis, transeat in donationem inter vivos, & non possit revocari propter vim, firmitatem, & robur, quòd hoc casu præstat juramentum.* Porque aliàs *incideret in perjurium*, como prueba Amato con mas de veinte Authores assi Regnicolas, como Estrangeros, *part.* 1. *resol.* 30. *num.* 9. sin aver atendido la donataria ni aun â pedir la relaxacion de este juramento.

68. Fue tan premeditada, y con tanta madurèz discurrida la voluntad de los fundadores, â fin de que permaneciessen los bienes, que señalaron perpetuos, ê inalienables en el vinculo, y que nunca se pudiesse revocar su disposicion, vt Cancerio *tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 338. ibi: *Et demum prædicta magis procedere dixi, cum ageretur de revocatione alterius testamenti anteà maturè, & deliberati facti, & benè ordinati; vt â quolibet ordinari possit, quòd est magnæ considerationis.* Que previnieron por clausula especial en el poder, en las memorias, y en el testamento reyteradamente, que Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, primer llamado â el Mayorazgo, *avia de hazer primero, y ante todas cosas aceptacion dèl, con las condiciones, y calidades de la fundacion, quales avia de aceptar sin faltar cosa alguna, pena de que passaria â el siguiente en grado,* vt supr. num. 15. *y consintiendo por clausula particular.* Et infrà: *Porque con essa calidad, y condicion hazemos, y fundamos el dicho vinculo, y Mayorazgo.*

69. Vulgar es, lo que obra en la disposicion de derecho esta aceptacion *ad impediendam revocabilitatem, quando vna solùm donatio consideratur, qua constituitur maioratus*, vt sup. probabimus num. 59. & 60. *Et in favorem totius familiæ, & descendentium*

tium

tium resultat, tunc enim solius primi acceptatio sufficiet, nè posteà valeat revocari, vt probat Dom. Larrea *decis.* 91. *num.* 1. cum Imola, Dom. Covarr. Mantic. Fontanel. Suar. Surdo, Cancer. & Gratian. Hermosill. *ad l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 4. *num.* 5. Dom. Valenzuela Velazquez, qui tenet: *Quòd in Hispanorum primogenijs necessariam esse acceptationem.* Y entonces queda irrevocable.

70. Y es tan seguida esta opinion, que basta la aceptacion del primer llamado, para que se adquiera derecho irrevocable â todos los successores, cum dict. *l. Perfecta donatio, Cod. de donat. quæ sub mod. L. Iubemus, Cod. de emancip. liber.* Prueban demàs del Señor Molina dict. *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 75. vers. *In secundo casu*, Gutierr. *lib.* 2. *quæst.* 56. *num.* 4. Ceball. *quæst.* 249. *num.* 3. *&* 4. *Et quæst.* 383. *num.* 10. *&* 11. Martha. *de Succes. legal. part.* 1. *quæst.* 11. *artic.* 4. *num.* 8. Hermosill. in dict. *l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 4. *num.* 15. Aviendose adquirido este derecho â los hijos del Conde, como successores, en virtud del llamamiento, de los fundadores, y por aquella aceptacion tan prevenida por estos, como en el caso de semejante donacion de Mayorazgo lo advirtiò Amato *Resolut. Forens.* 1. *part. resol.* 30. *num.* 15. *Sextò irrevocabiliter ex stipulatione jus quæsitum esse tertio, in cuius favorem donatio post mortem primi facta fuit, concludendum est; si eo tempore infans esset, eius namque favore juris ministerio absque aliqua acceptatione irrevocabiliter ei acquiritur tanquàm iam acceptata. Cum Bald. Afflict. Dom. Covarrub. Gutierr. Dom. Valenzuela Velazquez, Azebed.* y otros muchos.

71. Y â el num. 16. *Cæterum fortius id procedit in filijs, seu liberis nascituris, hoc casu ex stipulatione irrevocabiliter iuris ministerio dicitur eis acquisitum ius. Vt scripsit Mand. in præcitatis consilijs, Bolognet. consil.* 6. *num.* 16. *Fontanel. de Pact. Dotal. claus.* 4. *glos.* 9. *part.* 1. *num.* 4. *volum.* 1. *Cardinal. Seraphin. decis.* 427. *num.* 2. *in fin. Et Dom. Molina de primog. dict. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 73. *& seqq.* Y â el fol. 474. pone la questіon en el Mayorazgo, y en otras donaciones, *quæ pluribus fiunt ordine successivo*, & concludit: *Sufficere acceptationem primi donatarij, vt respectu cæterorum sequentium donatario sit irrevocabilis, secundùm veriorem, & magis communem authoritatem multorum.* Y aunque distingue muchos casos, en el segundo dize: Que quando se trata de donacion *iure maioratus, vel aliter facta familiæ, & descendentibus perpetuò*, basta la aceptacion del primero, y que es absurdo el pretender que

la aya de aver por los succeſſores, ê infantes,que aun no avian nacido: Y en nueſtro caſo no ſolo acepta por sì Don Luis Joſeph Rodriguez de Medina, ſino por todos los ſucceſſores, como ſe manifieſta de la miſma clauſula de aceptacion.

72. Añadiòſe â las clauſulas referidas el pacto, en que el fundador, reſervando en sì por los dias de ſu vida, y por los de ſu muger la adminiſtracion, y tenencia de los bienes de ambos, tanto de los de la mejora, como de los demàs,que poſſeìan para vſufructuarlos haſta el fin del vltimo, que de los dos murieſſe, que es lo miſmo, que ſi real, y corporalmente los entregaſſe â el donatario, *iuxta text. in l. Quiſquis*, 28. *Cod. de donat.* donde tratando de la reſerva, que el donante haze de la coſa donada, inquit: *Eam continuò tradidiſſe credatur, nec quod ampliùs requiratur, quo magis videatur facta traditio, ſed omnimodò idem ſit in his cauſis vſufructum retinere, quod tradere.* Y la ley *Si quis argentum*, §. *Sed quidem, eod. tit. Sed ſi quidem in omnibus ſupradictis caſibus vſusfructus fuerit â donatore retentus, & tradditionem iure intelligi fieri.* Y la ley 9. *tit.* 30. *part.* 3. ibi: *A tal pleyto, que retienen para sì en toda ſu vida el vſufruto dellos.* Et inferiùs: *E en qualeſquier deſtos caſos dezimos, que gana la poſſeſsion de la coſa aquel, â quien es enagenada: E aun ha el ſeñorio en ella, bien aſsi, como ſi fueſſe apoderado corporalmente della.*

73. Y el efecto de la clauſula, y reſerva del vſufructo es, no ſolo de transferir la poſſeſsion, ſino tambien el dominio de la coſa donada, que nace de la miſma entrega, vt in *L. Traditio, Cod. de pact.* que refieren todos los Authores repitientes de la ley *Quiſquis, & præcipuè Salicet. num.* 1. vbi, que la reſerva obra entrambas coſas,videlicet poſſeſsion,y tranſlacion del ſenorio en el donatario, quòd expreſsè decidit text. in dict. *l. Partitæ: Y aun ha el ſeñorio en ella,* porque de qualquiera manera, que ſea verè,vel fictè,por la dicha clauſula ſe transfiere la poſſeſsion,y dominio,de tal forma,que aunque no ſe haga real, ni corporal la tradicion, baſta la retencion del vſufructo, para que ſe diga averſe entregado la coſa. Matienzo *in l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *gloſ.* 1. *num.* 21. *Vſusfructus enim retentio pro traditione eſt.* Cum Dom. Greg. Lop. in dict. *l.* 9. & in hac ſpecie probat Franciſc. Vivian. *inter comm. opin. lib.* 4. verſ. *Donatio*, & verſ. *Quæ ampliatur.* En cuyo ſupueſto queda obligado el donante â la cuſtodia de los bienes, y reſtitucion de ellos â el

do-

donatario. *L. 1. §. Recepit*, cum duabus *seqq. ff. naut. caup.* & speculat. *tit. de furt. §. 1. num.* 13. Y es caso expresso de la ley 2. *ff. vsusfruct. quemadmod.* ibi: *Nam vsusfructuarius custodiam præstare debet*, & glos. *Quòd omnem custodiam præstare tenetur*, para restituirlos integramente, y sin diminucion, en conformidad de la difinicion del vsufructo: *Quòd sit ius vtendi, & fruendi salva rerum substantia. L. 1. ff. de vsufruct.*

74. Y es la razon â nemine discrepante, porque el que reserva en sì el vsufructo, es visto no tener la propriedad; mediante que el verdadero dueño, y posseedor no necessitaba para vsufructuar la cosa propria de reserva alguna, *vt in l. 1. in princip. ff. si vsusfruct. pet. Et l. Cum in fundo, ff. de iur. dot. L. in re communi, 26. ff. de servit. vrba. præd. nulli enim res sua servit.* Gomez *in l.* 45. *Taur. num.*63. vers. *Subtilis huius*, ibi: *Nam cum secundùm iuris dispositionem Dominus non possit habere vsumfructum formalem, necessariò infertur pro validitate actus, quòd si alienatione rei Dominus retinet vsumfructum statim ipso iure transeat proprietas in alium, in cuius acquisitione fingitur traditio possessionis: Cùm sine ea non quæratur, ne aliàs concurrant in eadem re, & in vna, & eadem persona duo iura incompatibilia.*

75. Y de que infiere este Author, vers. *Secunda ratio sit*, ibi: *Quod ideo transfertur possessio, & dominium, quia retinens vsumfructum, videtur se constituere possidere rem nomine alterius, & censetur hoc casu tacitè posita clausula constituti*, de la *ley Quod meo, cum alijs, ff. de acquirend. posses.* Dom. Larrea *decis.* 10.*num.*7. & 32. maximè siendo la donacion de alhaja cierta. Angul. *de Meliorat. in l.* 7. *glos.* 4. *num.* 4. Dom. Castillo *tom.* 4. *cap.* 35. *num.* 61. y adjudicada â Mayorazgo, como prueba el mismo Gomez *in l.* 40. *Taur. num.*28. *in fin.* explicando la ley de Partida, vers. *Vel aliter, & tertio dicamus: Quòd illa lex sit nova, & exorbitans à regulis iuris communis, & per eam deciditur, quòd illo casu transeat dominium, & possessio in alium tertium: Et fortè potest esse ratio, quia loquitur de bonis vinculatis, & restitutioni subjectis, in quibus specialiter hoc voluit decidere illa lex, & ex ea fortè hodie lex* 45. *infra his legibus Tauri.* Y esta es otra causa de irrevocabilidad para nuestra donacion, segun el verdadero entendimiento de Antonio Gomez.

76. Siendo titulo legitimo para constituir dominio con estas circunstancias la misma donacion. *L. 1. ff. de donat.* ibi: *Vt statim vellit accipientis fieri*, quedando por este orden vn

con-

contrato puro, perfecto, ê irrevocable, vt diximus sup. num. 46. *Quia significat actum præsentem, quamvis futurum effectum. L. Lecta, 40. ff. si certa petat.* Y obra, como llevamos dicho, *quòd statim ab initio translatum sit dominium*, ê incapaz el donante de hypotecar los bienes de la donacion â cosa alguna, como citando 30. Authores lo trae Amato *resolut. 26. num. 3.* Y en el *num.4.* questiona: *Etiamsi in donatione adesset conditionale constitutum in aliquo casu, vel eventu*, con la clausula *ex nunc pro tunc, & è converso*, que tenemos en nuestros instrumentos, sup.num. 16. ibi: *Que si es necessario desde luego para en fin de mis dias, y desde entonces para aora*, afirmando â el *num.* 8. *Quòd statim abinitio translatum sit dominium in donatarium, licèt suspensivè cum clausula nunc pro tunc*, ex quo, solo por esta clausula tambien queda irrevocable la donacion, y los bienes del Mayorazgo incapaces de enagenarse, ni obligarse â cosa alguna.

77. Y asimismo añadimos, que esta donacion, y mejora tiene clausula irritante, como consta sup.num.9. *Y en contrario no tengo hecho, ni harè juramento, reclamacion, ni protestacion; y si pareciere, la doy por ninguna.* Concluyendo despues: *Y de este juramento no pedirè absolucion, ni relaxacion â quien me la deba conceder; y si me fuere concedida, no vsarè de ella en manera alguna.* Esta clausula quitò omnimodamente la facultad, y potestad â Doña Isabel de Sandier de hazer acto contrario, y fueron nulos todos los que hizo, asi en la revocacion del testamento, como en el que despues otorgò, *la doy por ninguna. Cap. Dudũ, §. Cõsiderantes, & cap. penult. de Prævend. in 6. Et cap. Si postquã eod. tit. glos. in cap. Si eo tempore*, verb. *Ignoranter, de Elect. in 6.* Dom. Covarr. *Pract. cap. 9. num. 7.* Gratian. *Discep. Forens. la 283. num. 5. & 9. & 25.* y fueron *nullos ipso jure, etiam parte non opponente.* Marescotus *lib. 2. Variar. Resolut. cap. 38.*

78. De que se infiere que fue nula la revocacion, que despues en 18. de Junio del año de 1657. hizo Doña Isabel de Sandier, como diximos sup. n. 20. por sola su voluntad, sin dar mas razon, q̃ el decir: Que por su parte, y por lo q̃ le tocaba, y tocar pudiesse, revocaba, y revocò el testamento, y vinculo; porque ya no tenia facultad, como dexamos probado, por estar ligada, ê impedida con las obligaciones, q̃ quedan fundadas. Ex axiomate juris, *qui actum facit, censetur se obligare, & adstringere legibus de eodem actu loquentibus.* Valesius *axiomat. jur. liter A. n.* 110. Petrus Surd. *Consil. 347. n. 24.* Y

tam-

tambien, *quia actus ſecundùm naturam rei geſtæ intelligi debet geſtus. l. inſulam, ff. de præſcript. verb. l. damni infecti, ff. de damn. infect. l. ſi vno, ff. locat.* Dom. Salgad. 1. *part. Labyrinth. cap.* 13. §. 1. n. 45.

79. Y en virtud de las clauſulas legales tan expreſivas de ſu diſpoſicion, y vinculacion: *Et talia verba prolata ſecundùm ſubiectam materiam, & naturam contractus intelligi debent, l. cùm Pater, §. donatum, ff. de legat.* 2. *l. ſed, etſi poſſeſori, §. item ſi iuraverit, ff. de jurejur. l. ſi olei, Cod. locat.* Menoch. *de præſumpt. lib.* 3. *quæſt.* 104. *n.* 28. Dom. Caſtillo *Controverſiar. lib.* 5. *cap.* 87. *n.* 7. *& ſeqq.* contra que no era capaz de ir, ni moſtrar contraria voluntad por lo claro, y expreſo de la donacion, y fundacion, que hemos referido, y eſta voluntad arrepentida nunca la pudo aver en vn real fideicõmiſſo de la eſpecie de la ley *Peto,* 69. §. *fratre, ff. de legat.* 2. en donde la diſpoſiciõ fue, *nè domus alienaretur; ſed vt in familia relinqueretur;* y para cõſervar eſta diſpoſicion, ſe hallan invitados no ſolo Don Luis Joſeph Rodriguezde Medina,primer llamado,y obligado â la defenſa de ſu perpetuidad, *l. omnia* 32. aliàs *l. cùm ità legatur, §. fin. ff. de legat.* 2. ſino todos los de ambas familias: Y aſsi eſte inſtrumento *nullum effectum producere poteſt. l. non putavit,* 8. §. *non quævis, ff. de bonor. poſſeſ. contra tab. l.* 4. §. *condemnatum, ff. de re judic.* Dom. Vela *diſſert.* 40. *n.* 55. *Nam paria ſunt quid non fuiſſe factum, vel nulliter factum.* argument. *text. in l. quoties,* vbi Jaſõ *ff. qui ſatiſd. cogant. l.* 1. §. *quod autem,* & Bald. *ff. de offic. Præfect.*

80. Mayormente aviendo pueſto en execucion la fundacion, teniendo en ſu poder los bienes en virtud de la reſerva mas avìa de año y medio, que continuò deſpues con vniformidad, *l. continuus actus,* 137. *ff. de verb. obligat.* ſin opoſicion de los intereſados, manteniendoſe aſsi haſta el de 1660. que es otra calidad de aceptacion, y conſentimiento de D. Luis Joſeph Rodriguez de Medina, y demàs llamados â el vinculo, que â ſu viſta, ciencia, y paciencia conſintieron que vſufructuaſſe las fincas Doña Iſabel, iuxta *text. in l.* 1. §. *ſcientiam, ff. de tributor. act.* Que todo fue fundado en execucion de la reſerva del vſufructo, pues no tuvo otro titulo, para mantenerſe en los bienes haſta el año de 60. y aſsi lo preſume el derecho *ex l.* 4. §. *vnde quæri poterit, de manum. & l.* 1. §. *res verò, verſ. nulla enim, Cod. de imponen. lucrat. deſcript. nulla*

enim

enim in huiuſcemodi cauſis confuſionis intercedit occaſio, etſi ad primordium tituli poſterior quòque formetur eventus. Et cum pluribus Dom. Salgad. *in labyrinth. 3. part. cap. 2. n.* 153. *Atque ideò actus ſubſequens ſemper in executionem tractatus, & contractus præcedentis factus intelligitur, & præſumitur.* Que no ſe ſatisfizo con querer deſpues dar la cuenta de lo que avìan redituado las fincas, quando conſta que eſtuvo poſſeyendo, y que no tuvo otro titulo, *necanimo poſsidendi,* iuxta l. *ſi id, quod,* 25. §. *fin. & l. qui vniverſas,* 30. §. *penult. ff. de acquir. vel amittend. hæred. l.* 1. §. *ſiquis vi, ff. de vi, & vi armata, & animo, & corpore.*

81. Eſte año, que fue el quinto deſpues de la muerte del fundador, como dexamos dicho ſup. n. 21. Doña Iſabel de Sandier, Don Luis Joſeph ſu hijo, y Don Martin Davila ſu yerno, vnicos intereſados en los bienes provocaron â el juicio de la particion de ellos, ſin expreſar las calidades de la donacion, y mayorazgo, queriendo confundir lo executado, *& id, quod verè geſtum eſt aboleri.* que dixo el Emperador Conſtantino ad Severum in *l.* 27. *Cod. de donat.* teniendo por mas facil, para que no ſe pudieſſe increpar, ô contradecir la revocacion, y que con el hecho de la particion, y aprecio, que ſolicitaron por vn otro ſi de las alcavalas de Salteras, quedaſſe convalidàda, ô firme: Sin advertir, que entre perſonas tan conjuntas, *magnum eſt periculum fraudis,* que dixo la gloſa con la miſma ley, *ſiquidem clandeſtinis, ac domeſticis fraudibus quidvis pro negotij opportunitate confingi poteſt.* Y en las diſputas del lib. 17. que refiere el Juriſconſulto Triphonino *in l. intereſt,* §. *ſed nunquid Prætor, ff. de bonis libertor. vel tacita pactione etiam hæreditatis ex inſtitutione delatæ commodum, faciliorque ſuſpicio;* y en las del lib. 9. de la ley *non ſolùm in princ. ff. de ritu nuptiar.*

82. Vnde, eſta peticion, ni el motivo, que diò â las particiones, para que ſe governaſſe el contador por ſolo el inſtrumento de revocacion, ſacando de los bienes del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina la dote de ſu muger, y para hazerle pago, las alcavalas de Salteras, y que quedaſſen libres de la vinculacion; no perjudicò como hecho nulo â el Mayorazgo, ni ſus Suceſores, vt in caſu ſimili Gonzalez, *in regul. 8. Cancell. gloſ.* 57. *n.* 17. *nulliter data petitio, data non dicitur.* Y â el n. 18. que la aceptacion de eſte genero no impide la antecedente, ibi: *Nec acceptatio nulla impedit aliam acceptationem.* Ni pudo Doña Iſabel

de

de Sandier con los actos tacitos de consentimiento de Don Luis Joseph su hijo, ni este fue capaz de permitir, que del mayorazgo se sacassen las alcavalas; antes si debiò contradecir tanto la revocacion, como la particion en esta parte; y de no averlo hecho, quedò obligado â el daño, *vt, qui prohibere potuit, teneatur; si non fecit. l. 45. ff. ad l. Aquil: L. sæpé vers. cur autem, ff. de re iudic. l. 22. tit. 34. part. 7.* & Dom. Greg. Lopez, glos. 1.

83. Porque â la resolucion de algunos Authores, que quisieron dezir, que quando juntamente con el donante concurre tambien el donatario en la revocacion, es valida; sin embarazarnos aora el disputar que verdad tenga, respõdemos: Que esto no tiene lugar, quando la donacion se hizo por via de vinculo, mayorazgo, ô fideicommisso perpetuo en favor de la familia, porque entonces, aunque el donatario consienta la revocacion, ô limitacion, queda siempre en su fuerza, y vigor. Asi lo probò el señor Don Juan del Castillo *lib. 4. controversiar. cap. 35. n. 46.* ibi: *Sexto denique, & vltimò eadem pars probatur: Quoniam dictus maioratus irrevocabiliter constitutus, neque ex consensu etiam institutoris, & primò vocati simul minui potuit, vel alterari, aut census hypothecæ, & impositioni subjici; sicque in casu præsenti consensus primi vocati, filij scilicet maioris fundatorum, qui ipsimet hypothecæ consensum adhibuit, cæteris Successoribus præjudicium generare non valuit, sicut ex Roderico Suarez, Tello Fernand. Anton. Gomezio, Molina, Mieres, & Angulo resolutivè defendit Joannes Gutierrez, practicarum, lib. 2. quæst. 62. num. 4. vbi firmavit, quòd meliorationem faciens irrevocabilem tertij, vel tertij, & quinti cum vinculis, & submisionibus, vno ex tribus modis, & causis, de quibus in d. l. 17. Tauri, non potest posteà tollere vincula, & submissiones, nec in totum, nec in parte, nec respectu alicuius rei in præjudicium sequentium vocatorum, etiam accedente consensu primi meliorati, aut vocati. Et idipsum latiùs ego quòque probavi suprà hoc eodem lib. & tractatu, cap. 5. definitione prima Senatus Regij Hispalensis, vbi adduxi quàm plurimos alios Authores, & Additionatorem Gamæ, ad decisionem 8. per totam, prima parte, Patrem Ludovic. Molinam lib. 2. de Justitia, & Jure disputatione 266. Fachineum, controversiarum Juris, lib. 8. cap. 8.* Con que por los actos, que hizo Don Luis Joseph, no se dio fuerza â la revocacion, aviendo quedado perfecto, ê irrevocable el contrato por la aceptacion expresa, como hemos fundado sup. â n. 69.

84. Y que este contrato se pudiesse hazer en el testamento, y quedasse firme, ê irrevocable, lo traen todos los Authores con la glosa, que llaman singular *in l. hæredes palàm*, §. *fin.* verb. *alienum, ff. qui testament. fac. poss.* Menchac. *de Succession. Creat. lib.* 3. §. 22. *lim.* 18. *n.* 30. Anton. Gom. *in l.* 4. *Taur. n.* 8. *in fin.* Matienzo in dict. *l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *recop.* glos. 4. *n.* 24. ibi: *Nisi in testamento fiat in vim contractus, quod fieri potest.* Porque aunque el testamento por su naturaleza sea revocable, quando se hizo la mejora, ô donacion en fuerza de contrato, como en nuestro caso, entre marido, y muger, y con los llamados â el vinculo; aunque revocasse el testamento Doña Isabel de Sandier, quedò irrevocable por lo perteneciente â la mejora, y donacion. Vtì probat Zeballos *commun. contra com. quæst.* 140. *n.* 5. vers. *Sed his non obstantibus: Imò quòd valeat talis donatio inter virum, & vxorem, & quòd non possit revocari, licèt facta sit in testamento, quod probatur ex eo, quia in testamento potest fieri cõtractus irrevocabilis, prout est donatio inter vivos,* q̃ es opinion comunmente aprobada de todos los Authores assi extrangeros, como regnicolas, q̃ cita, y â el *n.* 6. *quòd licèt testamentum sit sua natura revocabile, vt in §. posteriore, quibus mod. testam. infirm. l. si quis in princ. de legat.* 3. *l.* 25. *tit.* 1. *part.* 6. *tamen si in eo fiat contractus, retinet naturam irrevocabilem, ita vt, revocato testamento, valeat, & sustineatur contractus.* con el señor Covarrubias Julio Claro, Oldrado, Gutierrez, Tello Fernand. Baeza, y otros.

85. Siendo digno de reparo, que pone la question en la donacion, que se hazen reciprocamente marido, y muger, que ya se vè la distancia, que ay de la que hazen ambos, ô de reciproco consentimiento, que el vno se da â el otro, para hazer la mejora, y donacion; ô del consentimiento, que presta el vno, para que la pueda hazer de sus bienes el otro en favor del vinculo, y sus llamados, que es vn tercero, que aceptada, quedò perfecta *in vim contractus.*

86. Ex quo, aviendo Doña Isabel por su testamento, que otorgò el año de 1673. referido sup. n. 27. hecho otra tal mejora libre, sin gravamen alguno del mismo tercio, y remanente del quinto de sus bienes â Don Luis Joseph Rodriguez de Medina su hijo, esta vltima no valiò, y se debe estar â la primera, porque viene â ser mas firme, y valida desde su principio, por mas plena, y continuada en execucion

del

del contrato, que por el poder, y memorias celebrò con su marido, y despues prosiguiò perficionandola en el testamento de este, por èl, y por sì misma, tanto en la disposicion, como en la premeditacion, ê vnion de los bienes de marido, y muger, y â favor no solo de Don Luis; sino de los demàs llamados â el vinculo; como lo probò Gothofredo *in l. si te solum, 27. ff. de hæred. instituend.* liter. B ibi: *Institutionis prima forma, quoties plenior est secunda, statur priori. L. si ita scriptum, 67. ff. eod.* ibi glos. verb. *Potior*, & marginalis illic: *Voluntates, quæ pleniores sunt, magis expectandæ, & servandæ, & in dict. l. si te solum*, Bald. *n. 2.* Castresis *in l. quod traditum. n. 2. ff. de condition. & demonstrat.* Menoch. *consil.* 105. *n.* 3. *&* 64. Vvensebech. *consil.* 41. *n.* 72. Simon de Prætis *lib.* 1. *dub.* 4. *solut.* 8. *n.* 2. Y en la segunda no huvo solemnidad, ni circunstancia alguna, q̃ la pudiesse hazer plena, para estarse â ella; sino sola vna desnuda voluntad,

87. Sin embargo de estas nulidades, se pasò â hazer la particion de solo los bienes del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, y en ella se le hizo pago de su dote enteramente â Doña Isabel de Sandier con el valor de las alcavalas de Salteras con diferentes calidades, que de referirlas, y los articulos, que se movieron sobre esta particion, gastariamos vn grande volumen, y como dixo Plin. Jun. *lib. 2. epist. 5. Quoties enim ad fastidium legentium deliciasque respicio, intelligo nobis commendationem ex ipsa libri mediocritate petendam.* Y baste el averlos expressado en el hecho: Y solo se dice aqui, que faltando Don Luis Joseph â la defensa de la donacion, y vinculo, dexò tambien de cumplir con la condicion principal, con que fue nombrado. Sup. n. 15. ibi: *Y consintiendo por clausula particular, que vuestra legitima paterna, y materna entre en el dicho vinculo, y que entre ligada, y consolidada en el dicho vinculo, y bienes aqui expressados, y declarados.* Y prosigue: *Porque si en algun tiempo hiziereis, alegareis, ò reclamareis, en tal caso no os llamamos â el vinculo; sino llamamos â el siguiente en grado.* Nada de esto executò Don Luis Joseph, siguiendo diferentes articulos sobre agravios de la cuenta de particion, que aun en el todo no estan executados: Conque quedò desde luego privado de la succession del mayorazgo, y debiò pasar â Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina segunda llamada.

88. Quia primò, & ante omnia debìa aver cumplido

con

con la condicion de vincular sus legitimas, y aver defendido para este efecto la donacion, y vinculo, y de lo contrario *en tal caso no os llamamos â el dicho vinculo; sino llamamos â el siguiente en grado*, segun el Edicto, que refiere Vlpiano *in l. etiam*, §. 13. *ff. de bon. libert. aut enim impleta est, & purè institutus est, aut non est, & neque hæres institutus est.* Fulgos. *consilio* 61. *n.* 6. Y esta calidad debìa aver precedido â la possession del mayorazgo. *L. cùm ita legatum, ff. de condit. & demonst. l.* 2. *Cod. de institut. & substitut.* Mantic. *de conject. lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 5. Fontanel. *de pact. claus.* 6. Glos. 3. *part.* 4. *n.* 23. Pero como el animo desde luego fue â menoscabarlo, se vnieron para ello todos los interesados, como hemos probado sup. n. 81. en perjuicio de los Sucessores, â quienes siempre les quedò el derecho para repetirlo, porque en Don Luis Joseph, ni sus hijos por defecto del cumplimiento de la condicion, no pudo continuar la substitucion, por quedar solamente descendientes del primogenito; pero este excluido, quod quidem procedit, etiam si filij sint vocati, quia Patris prætextu admittuntur, & ideò, excluso Patre, ipsi quòque excluduntur. Dom. Larrea, descis. 51. n. 26. alios plures referens.

89. Sin aver podido dexar pendiente la condicion, porque en el interim nunca debiò tener efecto el contrato puro, que celebrò â el tiempo de la aceptacion, ex quo actio oriretur para la translacion de la possession del mayorazgo, *pendente conditione non est creditor. L. si cui*, 42. *ff. de verb. obligat.* Anton. Fab. *lib.* 3. *Cod. tit.* 9. *different.* 23. *in fin. Contractum namque intelligere debemus, non cùm intervenit stipulatio; sed cùm vtilis esse, viresque aliquas habere cœperit. L. qui absenti*, 38. §. *siquis possessionem, ff. de acquir. possess. interim tamen quòd conditio pendet, jus nullum acquiritur, neque ad rem, neque in re.* Gratian. *cap.* 508. *n.* 2. *nec valet actus conditionalis, nisi conditione existente. L. cedere diem, ff. de verb. signific. l. siquis sub conditione*, 8. *ff. siquis, omissa caus. testament.* Y assi parifican los Authores, que lo mismo es no aver hecho acto alguno, que el que se haze sin purificar la condicion. *Et paria sunt nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificatur.* Roland. â Valle, *consil.* 58. *n.* 14. *& seqq. lib.* 3. Todo lo qual procede tam in conditione expressa, quàm in tacita, Baldus *consil.* 470. *lib.* 1. *Quia conditio formam quandam inducit specificè adimplendam; qua deficiente, nullus est actus. L. qui hæredi* 44. *l. Mævius* 55. *ff. de condit. & demonst. text.* individualis *in l.* 4. §. *huius rei, ff. de pact.*

90. Y por esta razon luego que muriò Doña Isabel de Sandier, se quedò en la possessiō de los bienes D. Luis Joseph de Medina, tāto de los q̄ cōsideraba del mayorazgo de su Padre, como de los de su Madre, sin hazer particiō, ni distinciō alguna, ni entrarlos â posseer cō titulo, q̄ explicasse el derecho, porque los posseìa, y con cōfusion cōtra todas reglas de derecho, pues nada tan vulgar, como los dos principios de la ley final Cod. de Edict. Div. Adrian. tollend. y de la ley de Soria, quæ est *l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recop.* La primera da la herencia â el heredero ex testamēto; y la segunda ab intestato, Dom. Castillo tom. 3. *cap.* 24. *n.* 21. vers. *hodiè verò apud nos*, & alij plures relati â Noguerol, *alegat.* 25. *â n.* 6. Y por ninguno de estos medios se sabe, ni se dice entrasse en la possession; y lo que vemos es, y se reconoce de los autos, que se quedò con ellos hasta su muerte, sin partirlos, ni dividirlos; sino dando por sentado vnas vezes, que era posseedor del mayorazgo, y otras para gravarlos, que eran libres: Y en la misma forma, despues que muriò Don Luis Joseph succediò Doña Maria de Medina sin distincion, ni division alguna, resultando de esto el conturbarse, no solo la possession; sino el derecho, que debìan representar, como lo dixo el Emperador Justiniano, Cod. *de veter. jur. enucleand. l.* 1. §. 12. *totum jus penè conturbatum est*; porque esta diversidad *maximè turbat, & obscurat.* Rodrig. Suar. *alegat.* 25. *n.* 6. Sacando por consequencia, que siempre de esta confusion resulta el recurso â el primer titulo, que fue el q̄ diò la possession real, y corporal de los bienes por muerte del Fundador, como probamos sup. n. 80. Pues solo en su virtud continuaron posseyendo en sus tiempos Doña Isabel de Sandier, Don Luis Joseph su hijo, y Doña Maria de Medina su nieta, porque aliàs no produxera possession alguna; sino es nuda detentacion, vt Dom. Molina *lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 17. & 18. Fundamentos todos, que no tuvieron presentes los Arbitros para su determinacion, que debiò ser conforme â derecho.

ARTICVLO SEGVNDO.

91. Conservando el derecho de la fūdacion el Conde Don Lorenzo Davila, y luego que muriò Doña Maria Rodriguez de Medina posseedora del mayorazgo,

go, tomò posseſsion judicial de ſus bienes, incluyendoſe en ellos las alcavalas de Salteras, atendiendo â el vltimo eſtado, y conque las avìa poſſeido la difunta, pues de ellos no avìa hecho particion, ni otro acto, por donde ſe pudiera venir en conocimiento de ſu libertad: Y aſsi meſmo â la adjudicacion, que de ellas hizieron àl vinculo los Fundadores; y ſe contradixo por las Religioſas, y debiendo el Conde defenderſe por el remedio ſumariſsimo del interin, que ſin duda es mas antiguo, que la practica, y vſo forenſe de la manutencion del texto vulgar *in l. ſi Cuius rei, 13. §. ſed ſi inter alias, l. æquiſsimum, ff. de vſufruct.* Que ſe funda en la conſervacion del eſtado vltimo, y poſſeſsion, en que eſtaba el litigante; quando ſe hizo la contradicion, y alegar por titulo todo lo q̃ dexamos referido en el articulo primero, de que esformal el texto, *in l. liberis, 7. §. vltim. ff. de liberali. cauſ.* Sclicet que la poſſeſsion *tempore litis motæ*, informe el juicio principal, y conſtituya actor, y reo â losque debieren ſer, *vt poſsit judicium ordinem accipere.* Sic omnes, qui de hoc tractaverunt, no lo hizo, porq̃ ſe reduxo â vna tranſaccion.

92. Y en pleytos de mayorazgos, como el poſſeedor, ô ſucceſor no pueda dañar â los ſucceſores con acto voluntario, *l. peto, 69. §. fratre, ff. de legat. 2.* Y lo ſea la tranſaccion, *l. ſi dictum fuerit, 56. §. 1. ff. de evict.* aſsi, es tampoco firme eſte contrato, como lo reconociò el Señor Molina *de Hyſpanor. primog. in præfat. n. 10.* Comparando la tranſaccion en negocios de mayorazgos â la Hydra Lernæa, pues penſando acabar vn pleyto ſe ſubcitan muchos, como en nueſtro caſo n. 1. *Vt jam* (ait) *deventum ſit, vt propè in nulla rebus mtioratus ſit ſtabilis concordia, aut non litibus ſubiecta compoſitio.* Y citandoſe â sì, y repetidamenete reconociendo eſte rieſgo, entra â explicar las queſtiones de tranſaccion en pleytos de mayorazgo *in lib. 4. cap. 9.* in princ. *Solent etiam ex tranſactionibus, & compromiſsis extingui primogenia & bona maioratui ſubiecta, vel libera effici, vel in alias familias tranſire. Super quarum tranſactionum, vel compromiſſorum effectu, atque executione lites innumeratæ excitari ſolent. Quarum plures noſtris etiam temporibus ſuper maximis ditionibus, atque patrimonijs verſantur. Ita vt propè nullus ſecurus ordo, liteſque ſuper maioratibus componendi inveniatur.*

93. De eſta opinion ſon todos los Authores Regnicolas, y Eſtrangeros, quos lato calamo refet Dom. Molina dict.

ca-

cap. 9. & eius Addionat. Y â el n. 25. verſ. *ad huius tamen*, pone la diferencia, que ay en la tranſaccion, que ſe haze en pleyto ſobre pretender, que los bienes ſon libres, ô con ſupoſicion de que ſon vinculados, intentar cada vno de los litigantes, que le pertenecen: Porque en la primera eſpecie procede la reſolucion, que avìa fundado *n. 22.* Que vale la tranſaccion, como el poſſeedor del mayorazgo ſe quede con los bienes, y redima con dinero el pleyto. Sequitur Dom. Caſtillo *Controverſ. lib. 8. ſeu de aliment. cap. 36. §. 2. n. 73.* Pero en el pleyto de la ſegunda eſpecie, que es quando ambos pretendẽ por vinculados los bienes, entõces no vale la trãſaccion, que ſe reduce â dinero, quedandoſe aquel, que pretendia la ſuceſsion ſin los bienes, aunque no los poſſeyeſſe. *Imò ſequens in gradu petere poterit, ac ſi tranſactio facta non fuiſſet, ſicut enim poſſeſſor non poteſt tranſigere, niſi re maioratus retenta: Ita nec petens, niſi re maioratus tradita.*

94. Infiriendo de eſto, que no pudiendo conſiſtir, que el poſſeedor, y el que pide, queden con los bienes del vinculo, no puede valer la tranſaccion, ni tener lugar la limitacion, que avìa pueſto dicto n. 22. Y de ninguna de eſtas eſpecies podemos conſiderar eſta tranſaccion. No de la primera, porque la tranſaccion no ſe hizo por el poſſeedor, redimiendo con dinero las alcavalas, que ſe pretendian libres por las Religioſas; ſino es gravavandolas con tan grandes cargas, y obligaciones, como la de redimir el cenſo de los 4JJ. ducados de plata del Doctor Bañez, para que eſtaba deſtinada, y ſeparada la veintiquatrìa, como deſpues ſe dirà: Y con los 200. ducados en cada vn año de la renta vitalicia â las Religioſas: Y con dimitir, y perdonar todas las deterioraciones, que tenian las fincas del mayorazgo, que eſtas eran de conſideracion, y del cargo de Doña Maria Rodriguez de Medina, y de ſus herederos, *l. Marcellus, §. res, quæ, & l. ſi mulier, §. ſi hæres, verſ. ſed enim. l. ſi hæres inſtitutus, §. 1. & in l. deducta, §. fin. & in l. facta, §. 1. ff. ad Trebellian.* textus optimus, *in l. planè ſi filium, §. qui rogatus, ff. de legat.* 1. Dom. Caſtillo, *de alimentis, cap. 45. num. 1. Hæredes etiam eius reficere debent ſuis ſumptibus ea omnia, quæ tempore mortis eiuſdem vltimi maioratus poſſeſſoris in rebus maioratus deteriorata, ſeu diminuta inventa fuerint.* Quedandoſe por hazer, y obligandoſe aſsimiſmo el Conde â pagar 8JJ. reales de los corridos del cenſo, con mas 500. peſos excudos

dos de plata â el Canonigo Don Luis Bartholomè Davila.

95. Y assi no se debe aplicar â la primera especie, respecto de que aunque el pleyto fuesse sobre pretender las Religiosas, que las alcavalas eran libres, y el Conde Don Lorenzo, que eran vinculadas, y permitirse en este caso la transaccion, debe ser no sugetandose en ella â perjudicar â el vinculo, ni â los sucessores, vt magistraliter docet Dom. Molina, *dict. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 16. *Constat maioratus possessorem non posse in præiudicium sequentis successoris compromittere.* Valeron, *de transact. tit.* 3. *quæst.* 2. *n.* 13. Porque las pacciones privadas, que entre estos huvo, nunca debieron perjudicar â los sucesores: Conque es nula la transaccion, præcipuè faltando facultad Real, *nullius esse momenti, quoad hoc, vt sequentibus successoribus præiudicium inferat, nisi facultas Regia accedat.* Valeron, *tit.* 4. *quæst.* 2. *n.* 59. Que es la verdadera inteligencia, que dà el Señor Don Luis de Molina, *lib.* 1. *eap.* 8. *n.* 34.

96. Y fue el trato de esta transaccion en lo substancial dividir la vtilidad de las alcavalas, cediendoselas la parte de el Convento, y Religiosas â el Conde libres, sin ser para el vinculo, ni explicarse en la cesion (sino es, que se le daban libremente) y el Conde Don Lorenzo en lugrr de redimir con dinero el pleyto (que es lo que se le permitia por derecho transigir) y molestias, que del discurria, se le podian seguir, y dexar las alcavalas â el vinculo sin litigio, las grava con las obligaciones, que dexamos referidas sup. n. 94. contrario todo â la satisfaccion, que pretende dar â Afflictis, el Señor Don Luis de Molina, para que sea licita la transaccion de la primera especie sobre bienes de mayorazgo, vt ait dict. *lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 22. ver. *non obstat: Hoc namque verum non est, is enim, qui transigit, pecuniam adversario præstando, non id agit, vt â transigente dominium acquirat; sed vt ex ea pecunia adversarij versuttas, litiumque inquietationes redimat, nec ex transactione hoc pacto facta dicitur res acquiri novo titulo.* Y â el *n.* 23. *Hoc autem intelligendum est, vt ex hac transactione nec in solutione pecuniæ, seu partis eiusdem, nec in alio, successoribus maioratus præiudicetur. Quibus vt prædiximus ex facto voluntario maioratus possessoris non potest in aliquo præiudicari.* De que infiere que el sucesor no queda obligado por la transaccion voluntaria â pagar â los herederos del antecesor cantidad alguna, *quam ex ipsa transactione possessor adversario præstitit.*

97. Que sea incapaz de transigirse el pleyto en este hecho,

cho, y con eſtas circunſtancias por lo perjudicial, lo llevamos probado en los numeros antecedentes; porque ſupueſta la incapacidad de tranſigirſe en la ſegunda eſpecie, y que ſolo en la primera, redimiendo con dinero las fatigas, y verſucias del litigio ſe permite la tranſaccion, como ſea poſſeyendo el mayorazgo los bienes, no por el titulo de la tranſaccion, ſi por el que repreſentaba en el litigio pertenecerle nomine Fundatoris, es contrario â eſto lo tranſigido, olvidandoſe en el todo del vinculo, y perjudicandolo: Luego contiene la miſma incapacidad la tranſaccion, ſi ſe tuvo reſpecto â la ſegunda eſpecie, maximè no aviendo obtenido facultad Real, licencia de Juez, ni otra ſolemnidad alguna de las diſpueſtas por derecho, quæ referuntur ab Ayllon, *tom. 2. ad Gomezium cap.* 14. *num.* 16. con muchos.

98. Y finalmente fue nula la convencion de la tranſaccion, y conſiguientemente nulas las condiciones, *ex eo, quòd, qui alienare prohibetur, nullum actum facere poteſt, ex quo alienatio ſequi poſsit, etiamſi nõ principaliter; ſed conſequutivè ſequatur*: Como prueba con Corneo *Conſil.* 254. *n.* 15. Volum. 1. Riminald. jun. *Conſili.* 260. *n.* 3. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 11. *tit.* 21. *n.* 23. Giurb. *ad conſuetud. Meſſan. cap.* 1. gloſ. 5. *n.* 64. Valeron, *de tranſact. tit.* 4. *quæſt.* 1. *n.* 69. de donde infiere: *Quòd nec pignori, aut hypothecæ dari poteſt res alienari prohibita, quia poteſt ſuo caſu, non ſoluto debito, diſtrahi, & ſic per pignorationem ad alienationem deveniri.* Martha, *de ſucceſſion. legal.* 3. *part. quæſt.* 3. *artic.* 5. *n.* 3. Feliciano, Avendaño, y Cenſio, *de cenſibus*, Hermoſill. *in l.* 4. *tit.* 5. *parr.* 5, gloſ. 2. *n.* 18. Guzman, *de evict. quæſt.* 1. *n.* 30. cum multis alijs.

99. Vtcumque miradas biẽ las clauſulas de la tranſaccion, y atendiendo â el pleyto, que ſe trataba de mover, ſobre que las alcavalas eran vinculadas, que aſsi ſe defendìa por el poſſeedor, y que la contradicion conſiſtìa en dezir, que eran libres, ſe faltò â la facultad, que por derecho ſe le diò â el poſſeedor del mayorazgo para tranſigir, pues fue vnicamente el pagar con dinero, dexando libre la alhalaja del litigio para el mayorazgo, como hemos dicho, y ſin gravamen alguno, aunque eſte fueſſe temporal, porque del ſe puede ſeguir la enagenacion, no pagando el poſſeedor, ni redimiendo, como practicamente ſe ha experimentado en eſte pleyto, pues cada dia ſe embargan las alcavalas, tanto por los alimentos,

co-

como por los reditos del censo tan crecido, *ex quo alienatio sequi potest, etiamsi non principaliter; consequutivè.*

100. Reconociò el Conde el defecto, que tuvo de transar el pleyto, y para subsanarlo, discurriò el bolver â el mayorazgo las alcavalas por el titulo, que le pertenecian, y que no quedassen questiones entre sus herederos, sobre si eran libres, ô vinculadas, y dispuso la demanda, que se ha referido en el hecho, para que se declarassen por del vinculo, en virtud del primer titulo de adjudicacion, que le hizieron los fundadores; alegando todo lo que hemos fundado en el articulo primero contra su hijo segundo, y demàs posteriores, y se subsranciò, y declarò por executoria litigada en nombre de los menores con el Padre, y Curador general de esta Ciudad, con que sosegò su escrupulo, Surdus, *Consil.* 312. *num.* 8. *&* 9. no hallando en su govierno politico, como no se halla en el de las Gentes, y en la conformidad para el sosiego otra cosa mas perfecta, que el officio de la cosa juzgada, que dà fin â las controversias. *L.* 1. *ff. de re judicat.* Y asi Georgio Laestenvergo, *in libello diffinitionum*, la difiniò diziendo: Que era, *quæ veritatem inter partes in dubium versam per diffinitivam sententiam iustam, non retractandam, neque suspensam efficaciter declarat.* Vnde, â la excepcion de la cosa juzgada llaman los Authores, *exeptio litis finitæ*, y dixeron, que se oponia non solùm ad merita causæ; sed etiam ad processum, dando â entender, que de tal suerte se acavaba, y difinìa el negocio, y asseguraba, y quietaba al que obtuvo, que ni aun pleyto consentia hubiesse sobre ello.

101. Y quien la tiene por sì, *sat exeptione munitum se esse putavit, si credat Consulto in l.* 6. *ff. de exept. rei judicat.* dum ait: *Singulis controversijs singulas actiones, vnumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, nè aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diversa pronunciarentur. L.* 2. *tit.* 22. *part.* 3. *ibi: Grande es el prò, que del juicio nace, que es dado derechamiente cà, por el se acaban las contiendas, que los Omes an entre sì, è alcanza cada vno su derecho.* Vt enim Floriano, Theodoricus Rex apud Casiodor. lib. 1. Epist. 5. scripsit: *In immensum trahi non decet finita litigia, quæ enim dabitur discordantibus pax? si nec legitimis sententijs acquiescant? Vnis enim inter procellas humanas portus instructus, quem si homines fervida caliditate prætereunt, in vndosis iurgijs semper errabunt.* Y asi dezia

Bal-

Baldo, *Consil.* 319. *lib.* 1. referido por Zasio, *Consil.* 10. *num.* 1. *lib.* 2. Que era la cosa juzgada la formal perfeccion del juicio, y el vltimo fin. Hæc vltra vulgaria, & nullibi eruditiùs D. Melchor. Valencia, *in tract. illustr. jur. lib.* 2. *tract.* 2. *cap.* 5.

102. Maximè quando â esta executoria no le faltò circunstancia, ni solemnidad alguna de las dispuestas por derecho, porque la demanda se puso ante el Juez ordinario, se substanciò contextandose por los legitimamente interesados, quienes podian pretender la libertad de ellas para su division, que se recibiò â prueba, sin omitir defensa, que conduxesse â la explicacion de la verdad, y realidad del hecho, porque se determinò â favor del mayorazgo; y de esta sentencia se apelò â la real Audiencia, en donde aviendose confirmado, declarando por vinculadas las alcavalas, se suplicò, y confirmada la de vista, quedò el pleyto executoriado: De que resulta aquella regla, que lo determinado con las personas, *qui primas vices agendi, seu defendendi habent*, perjudìca â los demàs interesados, que tienen derecho secundario, ô lo pueden representar. Scacia *de sentent. & re judic. glos.* 14. *quæst.* 12. *n.* 63. *&* 64. *& de commer.* §. 7. *glos.* 5. *n.* 138. Porque siempre se ha de litigar con el principal interesado, y entonces perjudìca â todos, los que tuvieren derecho menos principal.

103. Y examinando esta question el Señor Covar. pract. cap. 13. n. 6. circa fin. refiriendo la ley si patroni, §. vltim. ff. ad Trevelianum, qui probat juxta quendam intellectum, sententiam latam contra hæredem nocere fidei-commissario, etiam non citato. *Hoc ipsum constare videtur ex eo, quòd ad judicium, & litis examinationem tantùm vocandus est ille, quem negotium tangit principaliter; non autem sunt illi citandi, quos in quandam consequentiam litis definitio potest attingere, quibusvè nocere, aut prodesse poterit.* Especialmente quando, los que han de representar derecho secundario, no tienen mas defensa, que la que han de deducir por derecho proprio los primeros, principales interesados: *Nam sententia lata cum legitimo defensore, & eo, qui primas, ac potiores habet defendẽdi partes, nocet õnibus his, etiã nec citatis, nec scientibus, qui â jure victi, & condemnati jus proprium deducere conantur, & coguntur.* Y las Religiosas no tuvieron mas razon, q̃ representar en el litigio de esta executoria, q̃ lo que alegaron los hijos, segundo, y demàs posteriores del Conde, que se fundaron en la revocacion del testamento, y fundacion, q̃

Do-

Doña Isabel de Sandier hizo por su parte. Todo lo qual se tuvo presente en el pleyto, y no obstante huvo la executoria.

104. Contra que no se puede dezir, ni oir *ex l. 4. tit. 17. lib. 4. recop.* ni por ninguna razõ volver â tratar de ella Dom. Larrea tom. 1. descis. 40. â num. 80. vsque ad fin. & descis. 45. n. 4. Y como dixo Valeron de transact. tit. 2. quæst. 4. n. 2. *sera ergo est post sententiam, cuius eadem virtus est imponendi finem litibus.* Porque para comprometerse, ô transigirse se necessita, de que aya pleyto, sobre que caiga la transaccion, ô compromisso, y no pudiendo averlo en la cosa juzgada, *defficit enim materia litis cùm per sententiam, quæ transitum fecit in rem judicatam finita, ac penitus extincta sit.* Y prosigue â el n. 3. con el texto *in l. post rem judicatam, ff. de transact. l. si causa cognita* 32. diziendo: Que *hanc doctrinam expressa juris testimonia confirmant*, como lo refire con muchos Authores en este mismo numero, vers. *& latissimè comprobant*. Los quales no referimos por solicitar la brevedad.

105. Y alli las Religiosas en el juicio de ella, *tum tum poterant adjubare, eidemque adsistere propter commodum, ac peculiarem vtilitatem*: En cuyo caso dize el señor Covar. dict. *cap. 13. n. 3. in fin. nil ei nocet sciẽtia, nec prodest ignorãtia. Non enim nocet scientia, vt sententia lata ei præjudicium inferat ex ratione scientiæ: Cùm res inter alios acta sit, vt probatur in dict. l. sæpe, vers. nam scientibus. Nec prodest ignorantia, quoties sententia jus facit inter alios: Quia lata est cum legitimo contradictore. Hæc enim omnibus nocet, quibus jure sancitum est nocere, & inter quos jus facit, etiam ipsis ignorantibus.* Y assi, aunque no se citassen, y fuessen ignorantes del litigio, les obsta por dos razones: La primera, porque como hemos referido, el derecho, que en el podian representar, es solo *in consequentiam* deducto, que para este no ay necessidad de la citacion: Y la segunda, porque ni aun el consequente, para con las Religiosas se debe considerar, respecto de que por el mismo hecho de la transaccion confessaron dominio â el Conde en las alcavalas, y que le pertenecian, no por el titulo de la cession; *sed ex causa primæva, & non ex novo titulo obtento â transigente, vt probatum manet sup. n. 96.*

106. Conque pudieramos dezir assi para la nulidad del compromisso en este punto de la executoria, como para el conocimiento, que de ella quisieron tomar los Arbitros, lo que el Emperador Marciano, *in l. 4. Cod. de summ. trinitat. injuri-*

ri-

riam facit judicio, si quis semel judicata, ac rectè disposita re volvere, & publicè disputare contenderit. Y con los Emperadores Honorio, y Theodosio *in l. Terminato, Cod. de fruct. & litium expens. Post absolutum enim, dimissumque judicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primæ materia.* Porque aun quando sobre lo incidente de la determinacion se ofreciesse alguna duda, no se podìa exponer; sino es ante el mismo juez, que avìa juzgado, *nisi judex, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis, juridica pronuntiatione significaverit.* Porque lo contrario serìa intrincar los processos, pervertir el orden de las acciones, y ocasionar la contrariedad de las sentencias, si â pedimento de las partes se pudiera mudar de juzgado, como se ha executado en este compromisso, y lo que mas es, y que no debemos pasar en silencio, el reducir vna executoria â arbitramento, *quia non est quærendum de justitia, aut injustitia; sed solùm an sit judicatum.*

107. Sed quid immoramur? quando le faltò â la tutora la potestad, y voluntad para comprometer la cosa juzgada de la Oracion de Divo Marco referida *in l. post rem judicatam, ff. de re judic.* Y la ley 14. *ff. de jure patronat.* pues para averlo de hazer segun la ley *Si tutelæ, ff. de administrat. tutor.* y que fuesse firme el contrato, es vulgar con esta ley ab omnibus repetita, quòd vt substineatur contractus, se requieren las dos qualidades â el tiempo de su celebracion, scilicet, *quòd potuit, & debuit*: Y segun la fuerza de la cosa juzgada, ni pudo, ni debiò comprometerse, aviendo sido la sentencia cierta. *Sic compromissum fieri non potest super re iam judicata, l. in summa,* 65. §. 1. *in fin. l. Eleganter,* 23. §. 1. *ibi: Si post rem judicatam quis transegerit, & solverit, repetere poterit: Idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti. ff. de Condict. indebit. & l.* 1. *ff. de transact.* Dec. *in cap. Præterea extra de offic. delegat. n.* 6. post medium, & sic Natta, *Consil.* 543. *n.* 33. *etiam compromissum fieri non potest super re iam judicata.* Cum vulgatis.

108. Y que no tuvo voluntad consta del mismo compromisso, porque en toda la escritura no se halla clausula, ni aun enunciativa de aver consentido la renunciacion de la cosa juzgada, para que por ella pudieran los Arbitros determinar, ni en duda se debieron aplicar â dar parecer sobre lo descidido: *Nam in dubio interpretatio fieri debet, quòd negotium descissum semper remaneat exclusum,* como con Baldo, y otros dixo Curt.

sen.

sen. *in l. causas, cod. de transact. n.* 8. siendo asi que para comprometer el punto de lo juzgado es precisso, que se renuncie expressa, y especificamente la sentencia, como prueba admirablemente Petrus Surdus *in descis.* 185. *â n.* 8. *vers. Declaravit Senatus, ibi: rem judicatam non venisse in compromisso propterea que sententiarum executionem concessit, non obstante compromissi pendentia. Compromissum enim, sicut & transactio, fieri debet de re dubia.* Y â el n. 11. *Sic etiam compromissum fieri non potest super re iam judicata, nisi expressè rei judicatæ sit renuntiatum. l. juris gentium, §. si paciscar, ff. de pactis, l. duobus ff. de except. rei judicat.*

109. Y prosigue â el n. 13. con Baldo, Jason, y otros, que siendo cierta la executoria (como lo es en nuestro caso) *non valet transactio, vel laudum, etiamsi renuntietur sententiæ,* por palabras generales; sino que se requiere especial renuncia, expressando, que no obstante la executoria, quieren las partes comprometerse: Ibi: *quoad hoc, vt substineatur tamquàm transactio, non sufficiunt generalia verba, ex quibus colligi possit partes voluisse discedere â sententia; sed requiritur specialis renuntiatio, NON OBSTANTE TALI SENTENTIA.* Y concluimos este articulo con la misma descision, â el n. 17. donde aviendo faltado â la substancia del compromisso por los defectos expressados, es nulo, y se impide en el todo su execucion: Ibi: *Quòd ex quo defficit substantia compromissi actus, interpretatur potiùs, quòd sit nullus, quia quòd sit factus contra suam substantiam.* Et Riminald. dicit: *Quòd lex, quæ impedit, nè fiat compromissum, impedit nè aliquis sequatur effectus:* Luego en aver tomado los Arbitrios conocimiento de la executoria, y revocadola, en substancia procedieron con nulidad.

ARTICVLO TERCERO.

110. La diferencia, q̃ ay entre los *Arbitros juris,* y Arbitros arbitradores, amigables componedores, es muy conocida de todos en el derecho, y la traen â cada passo los Authores con las leyes 76. *ff. pro socio, l.* 9. *&* 10. *ff. qui satisd. cogant. l.* 21. *cod. mandati, vel contr. l.* 52. *cod. de decurionibus lib.* 10. *Et cap. Quintavallis de jure jurand. vbi* Abb. Panorm. *super secunda secundi decret. fol.* 179. *n.* 7. *lit. B. ibi: Quia arbiter est: Quasi judex, & eligitur, vt procedat juris ordine servato, & secundùm jus: Ideò dicit Lex, quòd arbitria sunt redacta ad instar judiciorum,*

rum, vt l. 1. ff. de arbitr. Y quales sean arbitradores lo expressa in verſ. *arbitrator autem*, que son, *qui eliguntur, vt aliquid æstiment*; como el precio, ô las obras, ô las partes de sociedad, *vel aliquid ſimile*, y concluye: *Et vt arbitrentur ſecundùm quòd ſibi videatur ſine ordine judiciario, inſtitut. de emptione & vendit. §. pretium ff. de verb. obligat.* Y con mas claridad *l. 23. tit. 4. part. 3.*

111. Y poniendo como se han de conocer los exercicios de vnos, y otros para el procedimiento de ambos juicios, y pronunciacion de las sentencias, si son *Arbitros juris*, ô Arbitros arbitradores, se remite â la facultad, que se les concede por el compromisso, ibi: *Que aquellos, que el pleyto quiſsieren meter en ſu mano, que digan qual es la coſa, ſobre que contienden: Si es vna, ô muchas: ô ſi quieren meter en mano de ellos todas las contiendas, que ovieren faſta aquel dia. E de ſi deven dezir, en que manera otorgan poderio â los avenidores, que libren eſtos pleytos, que ponen en ſu mano: Porque ellos non han poderio de oirlos, nin de librarlos, ſi non de aquellas coſas, è en aquella manera, que las partes gelo otorgaren:* En tanto grado que si los Arbitros restringieren la facultad, ô la ampliaren; ô se passaren sobre ella â cosas, que no se expressan, ni que las partes les han pedido, que declaren; es nulo quanto hizieren con este vicio; como se expressa *in l. non diſtinguemus, §. de officio, ff. de recept. arbtr.* ibi: *Sciendum eſt omnem tractatum ex compromiſſo ſumendum, nec enim aliud illi licebit, quàm quòd ibi, vt efficere poſsit, cautum erit.* Y lo que se les previno que avian de executar; y sobre que avian de dar su sentencia, y comprometiò la Condesa por su hijo, consta del n. 4. *Por lo que â el dicho mi hijo toca, en quien han recaido aſsi los derechos, que el ſeñor Conde ſu padre tuvo, como hijo, y heredero de la ſeñora Doña Luiſa Bernarda Rodriguez de Medina, que fuè muger del ſeñor Don Martin Davila, Duque de Eſtrada, ſus padres difuntos; como la ſucceſsion del mayorazgo fundado por el Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina; y Doña Iſabel de Sandier ſus Abuelos maternos.*

112. Y para que procediessen â esta determinacion en todas estas cosas, se les dà el poder, como Juezes *Arbitros juris*; que consta del n. 2. *Que juntos, y no el vno ſin el otro,* vean el derecho, y pretenciones de cada parte, y todos los papeles, que â ello conducen, y las defensas, que â cada uno competen, *ſiguiendo el orden judicial, y que haſta la vltima determinacion ſe podian hazer, y con ello, y nueſtros informes, y conſultas puedan reſolver, y declarar.* Y el modo de declarar lo ciñe despues en la clausu-

la

la referida sup. n. 3. *Segun lo deban hazer, y hallaren por derecho,*
porque en todo, y en qualquiera cosa de ello, *han de guardar el orden judicial*, y en esta forma, y no de otra quisieron se excutase, y pronunciase su determinacion. Y â el n. 4. concluye, ibi: *Que en razon de que la sentencia, que dieren, sea â derecho conforme*: Restingiendo expressamente la facultad â los Arbitros, y obligandose solo â que, siendo dada conforme â el contrato, se ha de estar por ellos, *y ser obligados â su cumplimiento.*

113. Que segun este contrato, y lo comprometido, y facultad dada â los Arbitros, sea solo para que como *Arbitros juris* ayan de determinar: Y como aya de ser su determinacion, està dispuesto in dict. *l. 23. tit. 4. part. 3. ibi: Arbitros en latin, tanto quiere dezir en Romance, como juezes avenidores, que son escogidos, è puestos de las partes, para librar la contienda, que es entre ellos. E estos ponen sus pleytos, è sus contiendas en mano dellos, que los oyan, è los libren segun derecho. E estonce dezimos, que tales avenidores como estos: Desque recibieren, è otorgaren de librarlos assi, que deben andar adelante por el pleyto, tambien como si fuessen juezes Ordinarios, faciẽdolos comenzar el pleyto, ante si, por demanda, è por respuesta: E oyendo, è recibiendo las pruebas, è las razones è las defensiones, que ponen cada una de las partes. E sobre todo deben dar su juicio afinado, segun entendieren, que lo deben fazer de derecho.* Ciriaco *Controv. 471. n. 7. Coram quibus lis instituitur, & qui proceduut, juris ordine servato.* Dom. Salgad. 2. *part. cap. 13. n. 98. de reg. Protect.*

114. A distincion de los Arbitradores, â quienes se dexa â el arbitrio, ô albedrio, para proceder, como les pareciesse, sin guardar la orden del juicio, como refiere la misma ley, ibi: *La otra manera de Juezes de avenencia es, â que llaman en latin Arbitradores, que quieren tanto dezir como alvedriadores, è comunales amigos, que son escogidos, por avenencia de amas las partes, para avenir, è librar las contiendas, que ovieren entre si en qualquier manera, que ellos tovieren por bien. E estos atales, despues que fueren escogidos, è ovieren recebido los pleytos, è las contiendas, de esta guissa, en su mano: Han poder de oir las razones de amas las partes: E de avenirlas en qual manera quisieren. E maguer no fiziessen ante si comenzar los pleytos, por demanda, è por respuesta: E non catassen aquellas cosas, que los otros Juezes son tenudos de guardar, con todo eso valdria el juicio, ô la avenencia, que ellos fizieren entre amas las partes, solo que sea fecho â buena fee, è sin engaño.* Porque el proce-

di-

dimiento de estos es de facto, y sin estrepito de juicio, *& habet se ad instar contractuum potiùs, quàm actuum judicialium,* Ciriaco *dict. controvers.* 471. *n.* 20. *& â n.* 21. ibi: *Quod arbitramentum non habet authoritatem judicij; sed dicitur quædam partium transactio, & actus extrajudicialis.*

115. Y concluye este Author la distincion de Arbitros, â arbitradores en el n. 23. ibi: *Quòd autem isti fuerint Arbitratores, & vti tales terminaverint, resultat ex compromisso, dum partes dederunt eis facultatem accommodandi, quod est proprium Arbitratorum; non autem Arbitrorum; quia illud accommodare, quod est componere, importat ministerium facti; non autem descissio juris.* Y las palabras de facto, y poder componer, se oponen â las que significan *terminare juris ordine servato*, porque estas han de ser comformes â toda disposicion de derecho, y aquellas *contra, vel præter jus.* Glos. *in l. verum,* 112. §. *ex facto,* in verb. *reducere, ff. de minoribus,* Glos. 1. in princ. in *l. ictus,* 22. *ff. de his, qui notant. infam.* Menoch. *de arbitrar. lib.* 7. *quæst.* 7. *n.* 69. *& consil.* 208. *n.* 10. Natta *Consil.* 585.

116. Segun la diferencia referida aceptaron los Arbitros la facultad, que se les concediò por el compromisso, que fue de *Arbitros juris*, para conforme â derecho determinassen las pretensiones de las partes, (y omitiendo la question si tienen, ô no jurisdicciõ, y si se les puede dar, para citar, y llamar â los compromitentes, porque esto no importa para lo substancial) lo cierto es, que deben oir â cada vno en sus informes; y lo primero, que debierõ hazer fue ver los pleytos, que se les entregaron, citarlos, y llamarlos, para que cada vno les informasse de su derecho, dando sus memoriales de ello, y sus pretensiones, que es, lo que dize la ley 27. *tit.* 4. *part.* 4. 3. vers. *Pero quando. Los Avenidores andovieren por el pleyto deben ser las partes emplazadas, que sean delante, y ca de otra guissa, no lo podrian fazer.* Y lo prueba Azevedo *in l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. â n.* 90 *vsque ad* 95. donde da la forma de la citacion, queriendo con el señor Covarrubias, y el Abbad Panormitano el que esta citacion aya de ser por medio de vn Juez Ordinario, ibi: *Neque itidem obstat, quòd debent audire compromittentes, & sic eos citare, quia hoc faciunt per mediam Judicis Ordinarij personam.*

117. Se faltò por los Arbitros â esta citacion tan precissa, como prevenida por la ley 27. de la partida, y esto demàs de no cũplir con la disposicion de ella, se siguiò el perjuicio â las

par-

partes, de que no pusiessen sus memoriales de pretensiones por menor â continuacion del compromisso, y que por ellos separadamente fuessen determinando con los informes, que les avìan de hazer, para enterarlos de la razon, en que cada vno se fundaba, y conforme â derecho debiessen determinar. *Cap. 30. quæst. 5.* ibi: *Iudicantem oportet cuncta rimare, & ordinem rerum plena disquisitione discutere, interrogandi, respondendi, obiiciendi, præbita patientia ab eo, vt ibi amborum partium illuminata sit, & tamdiu actio ventiletur, quousque ad rei veritatem perveniatur.* Sin dexar confussion en sus pareceres,que tan generalmente los dieron, dexando â las partes en el riesgo, que se vè, como dixo el Cardenal de Luca *tom. 2. de regal. distinct. 59. n. 10.* ibi: *Mihi videtur periculosum esse generaliter, & in abstracto puntum tractare, seu determinare.* Y consta no averse dado estos memoriales, porque se huvieran puesto â continuacion de la escritura de compromisso; y consta tambien de la sentencia, y determinacion del primero de los Arbitros, que refiere los papeles, que ha visto, y no dize de otros algunos, ni de informes de las partes.

118. Resultando de esta omission no aver declarado sobre si Don Luis Joseph Rodriguez de Medina debiò vincular sus legitimas paterna, y materna en conformidad de la aceptacion, que hizo, obligandose â vincularlas; y si fuè bastante, ô no para vincular solo la paterna, que Doña Isabel de Sandier su Madre revocasse por si el testamento, y vinculacion; y si por esta razon debiò hazer transito el vinculo â Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina su hermana, para que esta repitiese los frutos, y cumpliendo con la condicion vinculasse las suyas; y si la taciturnidad de Doña Luisa pudo perjudicar â el vinculo, que esto necessitaba de declaracion, especialmente quando los Arbitros segundo, y tercero en discordia declaraban la facultad de revocar Doña Isabel de Sandier la fundacion: Y este defecto es perjudicial â el vinculo.

119. Y tambien no aver determinado, lo que se avìa de executar en orden â la herencia de los bienes de Doña Isabel, que es vna de las circunstancias, que previene el compromisso, y referimos â el n. 4. ibi: *Por lo que â el dicho mi hijo toca, en quien han recaido los derechos, que el señor Conde su Padre tuvo,* que son entre otros la herēcia de su Abuela, por cabeza del Cōde su Padre, y se vuelbe â referir en el cōpromisso fol. 45. y 47.

120. Y assi mismo, si se cũpliera con la citacion, se huviera por el posseedor del mayorazgo justificado las deterioraciones de sus fincas, y perjuicio, que cõstante la possession de Don Luis Joseph, y Doña Maria Rodriguez de Medina su hija se avìan causado, tanto â las casas, molino de aceyte, lagar, y vasijas de la hazienda, como â los demàs bienes, para poderlas repetir, y ser las mismas, que se mencionan en el compromisso â el fol. 58. y los demàs creditos, que tenìa, que exponer, como se refiere en clausula del mismo compromisso fol. 62. en que se dixo: Podìa resultar acreedor el mayorazgo, si se reconociessen los instrumentos, y papeles, sobre que se avìan dado distintos pareceres, y que las partes no querian otra cosa, que lo que fuesse *justicia*, como lo dixeron en la propria clausula del fol. 62. B.

121. Resultando de aqui tambien el reconocer, si se avìa podido, ô no ceder el oficio de Veintiquatro, que todo esto se comprometiò; previniendoles â los Arbitros sobre ello declarassen *lo conveniente*, como tambien consta fol. 64. B. del compromisso, y otras declaraciones, que pidieron las Religiosas, que se hiziessen sobre redempciones de censos, y demàs derechos, que pretendian tener, que se mencionan en el mismo compromisso; que â nada atendieron los Arbitros, passandose con ligereza â dar sus determinaciones, quando para averlo de hazer debieron especular con mucho cuydado, y diligencia todos los puntos muy por menor, y pretensiones de los interesados, como llevamos probado â el n. 117. para no dexarles pleyto alguno, que fuè el fin de comprometerse. Et probat Abb. Panormit. 1. *part. consiliorum, consil.* 44. *n.* 3. *ibi: Debet enim Arbiter diligenter litem discutere, & totalem finem controversiæ imponere, vt in l. Pomponius ait,* 13. §. *recepisse,* 2. *ff. de recept. qui in Arbitr.*

122. Y no se pudieron passar sin ver los instrumentos, y papeles necessarios, de que dependìa la determinacion, y sobre que se hizo el compromisso, y assi es nula la sentencia. *L. prolata. Cod. de sent. l. nequidquã.* §. *vbi decretum, ff. de offic. procõsul.* Marant. *de ordine judic.* 6. *part. act.* 1. *n.* 51. *quia laudũ sine causæ cognitione est nullum.* Decius. *consil.* 475. *n.* 58.

123. Y verificado como està la falta de conocimiento de los Arbitros, ê inspeccion de los derechos de las partes, atropellamiento, ê inobservancia de lo que se les cometiò

tiò, para que judicialmente, y con pleno conocimiento los determinassen, vt instruatur religio judicantis de veritate, per quam adducitur ad judicandum de re, de qua agitur, es, y todos la tienen por legitima nulidad, *l. non dubium, Cod. de legib. l. 2. Cod. quando provocar. non est necess.* Gracian. *tom. 3. disceptat.* 445. *n.* 4. *& ex n.* 12. *ferè per totam.* Dom. Salgad. *in labyrinth.* 3. *part. cap.* 1. *ex n.* 98. *ad.* 104. Gutier. *practicar. lib.* 3. *quæst.* 17. *n.* 236. y afirma la ley 4. *Cod. de sentent. & interlocut.* que aun siendo sentencia de revista, dada contra este orden *authoritatem rei judicatæ non obtinere,* & ibi gloss. que no dà derecho, *nec censetur quid ex ea factum.* Azevedo, *consil.* 23. *n.* 29. *&* 39. Y que no se observassen los terminos del compromisso se manifiesta de la misma inspeccion, por que â ninguno se atendiò de los q̃ expressa dict. *l.* 23. *tit.* 4. *part.* 3. ibi: *E estonce dezimos, que tales avenidores como estos: Desque recibieren, ê otorgaren de librarlos assi, que deben andar adelante por el pleyto, tambien como si fuessen Juezes ordinarios, faciendolos comenzar el pleyto, ante sì, por demanda, ê por respuesta: E oyendo, ê recibiendo las pruebas, ê las razones, ê las defensiones, que ponen cada vna de las partes.* Y la omission, que en esto tuvieron, dexando de determinar todas las cosas referidas sup. n. 118. & seqq. dize el señor Gregorio Lopez *in. l.* 15. *tit.* 22. *part.* 3. *verb. ca ordenadamente* in fin. *sicut omissio ordinis judiciarij in ordinarijs reddit processum nullum, sic etiam in extraordinarijs omissio ordinis qualisqualis, quæ in illis requiritur.*

124. Y aunque por cabeza de las sentencias se pone aver visto los pleytos, ê instrumentos, ê informes de las partes, no se prueba con esto, que los Arbitros los vieron, ni los necessarios; porque siendo requisito essencial, y condicionado expressamente en el compromisso, que se les avia de entregar por las partes, vt refertur n. 2. *Vean el derecho, y pretenciones de cada parte, y todos los papeles, ê instrumentos, y con ello, y nuestros informes, y consultas puedan allanar, resolver, y declarar.* No se les debe creer, que los vieron, ni se presume por la sentencia, no constando del conocimiento de la causa. Purpurat. *in l.* 2. *ff. de offic eius.* Angel. *in l.* 1. *Cod. de fid. instrument. lib.* 10. & ibi per Bartulum, Bald. & Ioann. de Plat. quos, & alios refert Alciat. *de præsumpt. reg.* 3. *præsumpt.* 10. *n.* 3. *&* 4. Dec. *consil.* 353. *n.* 7. *& consil.* 403. *n.* 19. Mascard. *de probat. conclus.* 487. *â n.* 5. *vsque ad* 6. volum. 1. Caldas Pereir. *de empt. & vendit.*

cap.

cap. 13. *n.* 44. *Quia quando aliqua pars plenè non docuit Judicem de negotio, tunc non præsumitur pro sententia,* vt idē Alciat. dict. *præsumpt.* 10. *n.* 9. & Marcard. dict. *conclus.* 487. *n.* 20.

125. Por cuya razon, para obviar estas presumciones, y alegaciones se ponen los informes, y memoriales de las partes à continuacion del compromisso antes de las sentencias, como siempre se practica, para que se aya de estar, y passar por la fee del escrivano, y assercion, en que diga, que se han visto, y tenido presentes, porque aliàs no se le dà credito, ni fee, vt idem Macard. *n.* 22. ibi: *Et si notarius in instrumento asseruisset causæ cognitionem intervenisse nihilominus enim, non creditur.* cum multis.

126. Llegandose â esto no averse hecho la citacion, para que concurriessen las partes â el tiempo de la conclusion, que es otra circunstancia prevenida por las leyes, *ex l. diem proferre,* §. *siquis litigatorum, ff. de recep. qui in Arbitr.* Y refiriendo las limitaciones de Baldo *in l. fin. quæst.* 3. *Cod. de contrahen. empt.* & Jason *in l. siquis Arbitratu, ff. de verb. obligat. n.* 22. Dize Azevedo in dict. *l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *recop. n.* 97. que aunque en el progresso del Arbitramēto estè obligado el Arbitro, â llamar, y citar las partes, *tenebitur, & ad audiendum laudum, nisi partes aliud in compromisso declarent se velle;* y lo mismo refiere â el n. 123. con Boerio *descis.* 283. *n.* 34. *cum seqq.* & Zeballos *comm. contra com. quæst.* 322. *tenet, pro communi, & quod quotidiè practicatur.* De forma que solo pactando las partes, que se omita esta citacion, ô renunciandola, se puede omitir, que es el sentido de Azevedo, y de Pareja de instrument. edict. tit. 6. resolut. 3. num. 71. & 122. y de los demàs referidos.

127. Y que juzgaron de facto excediendo de la comission, que se les diò, para que como *Arbitros juris* determinassen, se prueba de las mismas sentencias, porque aviendo el primero dado su parecer sin expressar otra cosa, que el mandar â las partes, que estuviessen â el, *en conformidad de la comission, que se le diò:* El segūdo dize â el fol. 129. B. *que vsando de la facultad, que se le dà como tal Juez Arbitro Arbitrador, y amigable cōponedor.* Y â el fol. 130. supone tābien, que el primero de los Arbitros, *es Juez Arbitro Arbitrador, nombrado por los hijos del Conde,* faltando en todo â la verdad, que consta del compromisso, y con este error prosigue su determinacion: Y en este

mis-

mismo fol. 130. B. condena â los menores (que nó se comprometieron) â que ayan de estar por su sentencia; y esto mismo repite â el fol. 131.

128. Y el tercero en discordia, â el fol. 132. B. del compromisso tambien supone contra la verdad, diciendo: Que los dos Arbitros, que han discordado, primero, y segundo *son Juezes Arbitros, y arbitradores, amigables componedores nombrados por las partes en el compromisso.* Y con este mismo yerro prosigue: *Y hallando estar discordes en el todo, y no convènir en vn mismo dictamen,* es su sentir, y parecer; concluyendo este â el fol. 138. â *que los compromitentes estèn, y passen por el, sin embargo de que qualquiera de los susodichos en parte leve, ô grave sea damnificado; porque por ninguna razon han de poder dar peticion, ni intentar articulo contrario.*

129. Y assi les conviene la decision de nulidad de la clementina, *Pastoralis,* §. *verum de re judic.* ibi: *Verùm quia huiusmodi sententia; quæ non à discretione matre justitiæ, sed â noverca justitiæ ex volũtaria judicantis præcipitatione procesit.* Y en el §. *vt igitur in fin* ibi: *Vt igitur sicut memorata sententia juris caret effectu, sic authoritate, & nomine rei careat judicatæ, vt nec in opinione communi, aut vulgi labijs nomen habere sententiæ videatur.* Y concluye ibi: *Quatenus processerunt de facto, & quidquid ex eis secutum est, vel ob eos, vel in posterum sequi posset, in irritum revocamus.*

130. Y esta mudanza de la verdad, que suponen las sentencias, contiene dos qualidades en el derecho, ambas, que causan nulidad. La primera, que el supuesto, y relacion falsa, que precediò, llamandose Arbitros Arbitradores, y amigables componedores, para extender su arbitrio, es doloso, por no ser sino *Arbitros juris,* y asi se entiende la ley *quid sit falsum, ff. de fals. mutatio veritatis, & l. 1. tit. 7. part. 7. mudamiento de la verdad,* en cuyo error consiste la nulidad. *l. 1. §. Quæsitum de appellat.* ibi: *Si tamen docuerit, vel falso, vel non ita esse, quæ scripta sunt, nihil â nobis videtur judicatum;* conque conviene la ley *siquis, 29. ad leg. Cornel. de fals.* y la ley *si Prætor, §. Marcellus, de judic. l. 53. tit. 18. part. 3.* Dom. Salgad. *Reg. Proct. 4. part. cap. 7. n. 120.* Et melius in *labyrinth. 3. part. cap. 1 n. 89. 164. & 159.* Y la segunda, el defecto de jurisdiccion, porque no pueden determinar sino de aquellas cosas, para que las partes les han concedido facultad. *L. 34. tit. 4. part. 3.* in fin. ibi: *O sobre cosa, que las partes no ovieren me-*

tido

tido en mano de los avenidores. Et Dom. Gregor. Lop. glos. ibi: *Idem si est lata super re, de qua non fuit compromissum.*

131. Y es de tal calidad esta nulidad, que, aunque las partes huvieran consentido la sentencia, y executoriadose, siempre quedaba el recurso de dezir contra ella; porque estas no pueden dar jurisdiccion â el Juez, que no la tuvo, ni â la executoria nil novi le dan, aumentan, ni minoran su disposicion; sino solo dan fuerza, y autoridad â el acto, que es vàlido. *L. si expressim, ff. de appellat.* Dom. Salgad. *de Reg. Protect. 4. part. cap. 11. ex n. 36. ad* 43. ibi: *Et quòd non excedat probatur, quia conformatio nihil novi dat, nec auget, nec minuit dispositionem adeò, vt nullum defectum, aut obstaculum tollit:* Es la razon, porque las sentencias con vicios de nulidad no pueden passar, aunque se confirmen, â ser cosa juzgada, ni darles este nombre, ni autoridad. *L. si cùm nulla, ff. de re judic. l. 1. §. hæc autem ff. quod quisq. jur. l. si feriatis de ferijs. l. si Prætor* 75. *de judic.* Dom. Vela *in prælect. cap. 1. de offic. Ordinar. part. 2. n.* 35. fol. 77. Scacia *de judic. lib. 2. cap. 97. n.* 135. Cancer. *Variar. resolut. lib. 3. cap. 19. ex n. 3.*

132. Et novissimè, & doctè Torreblanca, que escriviò con especialidad sobre las causas impeditivas de la execucion de las sentencias de revista *in epitom. delictor. lib. 3. cap.* 30. y mas lato *de jur. spiritual. lib. 15. cap. 12. n. 93. ad 97.* ibi: *Duodecimo quando sententia prima est nulla ex aliqua prædictarum causa, si confirmetur per sententiam revisionis, vel per tres conformes, non potest executioni mandari, quia confirmatio nil novi dat, nec vllum defectum, aut obstaculnm tollit*; porque el vicio de la primera sentencia influye en las siguientes, y persevera, aun despues de mil años; y cita entre otros â Graciano *dicept. forens. tom. 3. cap. 581. n. 52.* Et latè tom. 4. *cap.* 734. *â n. 3. vsque ad 26.*

133. Y mejor en terminos de compromisso el *cap. examinata de confirmat. vtil. vel inutil.* Donde en vn compromisso celebrado, dada en èl la sentencia, consentida por las partes, y confirmada por el Pontifice se dixo de nulidad ante su sucessor, por averse faltado â la forma, y solemnidad de derecho, y se diò todo por nulo; *Vnde non obstante confirmatione Papæ prædecessoris nostri, qui confirmaverat illud, sicut providè latum fuerat, & ab vtraque parte receptum, decernimus ipsum irritum, & inanem.* Donde la glos. Verb. *vnde non obstante,* da la

razon,

razon, ibi: *Et ita patet: Quòd confirmatio nihil vel modicum operatur; quia, si aliquid invenit, confirmat, aliàs nihil operatur.* Rot. *descis.* 702. *n.* 6. *Et descis.* 38. *ex n.* 1. *part.* 1. *divers. Et descis.* 31. *n.* 6. Gonzalez. *in regul. alternar.* gloss. 45. §. 1. *ex n.* 75. Conque, aunque las partes despues de dada la sentencia tuviessen alguna taciturnidad, y passadoseles los terminos de los diez dias, como estas nulidades no causen cosa juzgada, ni aunque se confirmasse el mandamiento de execucion, despachado por el Juez Ordinario, pueden dezir muy bien de nulidad, y declararse como la declarò el Pontifice, y prueban todos los Authores referidos.

134. Y de la misma manera influyen nulidad las clausulas sup. n. 3. *y en esta forma, y no de otra manera queremos se execute, y pronuncie su determinacion.* Y â el fin de este numero: *Porque siendo dada conforme â la facultad de este contrato hemos de estar por ella, y ser obligados â su paga, y cumplimiento como dicho es.* Vt probatur ex dict. *l.* 23. *tit.* 4. *part.* 3. ibi: *Porque ellos non an poderio de oirlos, nin de librarlos; sino de aquellas cosas, ê en aquella manera, que las partes gelo otorgaren;* & in *l.* 29. *dict. tit.* & *part.* ibi: *Otro si dezimos, que deben mucho guardar, que no juzguen, nin libren los pleytos, que pusieren en su mano, si non en aquella manera, que les fuere otorgado de las partes; ê â de otra guissa non valdria, lo que ficiessen.* & *in l.* 32. dict. *tit.* 4. *part.* 3. ibi: *Estonce dezimos, que en aquella manera, que les fuè otorgado de las partes el poder de librar el pleyto, que assi deven usar de ello, ê non en otra manera.* De donde sacamos por consequencia, que aviendo faltado los Arbitros â la facultad, que se les diò, no se ha podido executar su sentencia, ni las partes estan *obligados â la paga, y cumplimiento de ella.*

135. Y mas quando se alterò todo el orden, y forma de la comission, aviendo omitido la determinacion de tantos articulos, como se les encargaron, que sola esta qualidad era bastante para la nulidad; como la de aver condenado â los menores, que no se comprometieron, que solo fuè por los derechos del hijo primogenito del Conde, y assi mismo por su mayorazgo, que no pertenecia â los demas sus hermanos, ni â estos comprometiò, ni pudo comprometer sin facultad la Tutora, la qual no tuvo; como se prueba del *cap. dilecta,* 22. *de rescript.* Donde aviendose dado comission por el Pontifice â vnos Juezes, estos, porque alteraron

el

el orden, y tranſpueſto la forma de lo mandado, lo declarò por nulo, y atentado; ibi: *ipſi formam mandati Apoſtolici tranſponentes, illo capitulo prætermiſſo* (que es lo que ſe les mandò, que executaſſen) *de alijs articulis inordinatè plurimum cognoverunt, propter quod proceſſum ipſorum contra noſtram formam reſcripti, ac juris ordinem* (que devieron ſeguir los *Arbitros juris*, y no lo hizieron, ſino de facto) *attentatum, irritum decernimus, & inanem.* Y la gloſ. verb. *tranſponentes*, ibi: *Et ideo caſſatur hic proceſſus Judicum, quia articulum principalitèr commiſſum omiſerunt, de alijs inordinatè plurimum cognoſcendo.* Y en la palabra *irritum.* ibi: *Hic ipſo jure proceſſus nullus, & ideò dicit irritum duabus cauſis; quia contra formam, & contra juris ordinem.*

136. Y no deviendo dexar de advertir el exceſſo de derecho de la clauſula del vltimo de los Arbitros referida ſup. n. 128. en que dize: Que aunque ſean perjudicadas las partes leve, ô gravemente no ſe les ha de admitir peticion: Porque eſto ſe opone â toda diſpoſicion de derecho, pues les es licito, y permitido, que de la ſentencia Arbitratoria, aunque fueſſe de Arbitros Arbitradores, y amigables componedores, ſe admite en aquellas coſas, en que ay perjuicio, ô leſion, pedimento *ad Arbitrium boni viri*, ſin embargo de que la eſcritura de compromiſſo contenga qualeſquier clauſulas, y renunciaciones, y aunque ſea con juramento, y obligadoſe los compromitentès â no pedir la reduccion *ad Arbitrium boni viri*, ita tenet gloſ. in l. quidam cùm filium, ff. de verb. obligat. & ibi Jaſon n. 21. vbi dicit communiter approbari â D. D. Canon. & Legiſt. *Et quod ita de conſuetudine ſervatur.* Y el motivo es, porque ſe entienden las dichas renunciaciones, juramentos, y otras clauſulas, *ſi æquè, & juſtè Arbitratum fuerit, vt in l. ſi libertus ita juraverit, ff. de oper. libert. cap. Quintavallis de jur. jurand. l. fin. Cod. de non numerat. pecun. l. fin. in princ. ff. ad municipal. Et* in dict. *cap. Quintavallis*, Joann. Baptiſt. *in tractat. de Arbitr. cap. 16. lib.* 7. volum. 3.

137. Y que no pueden hallarſe palabras algunas de tanta energìa, ni componerſe la eſcritura de compromiſſo de clauſulas tan forzoſas, que baſten â impedir la reduccion *ad Arbitrium boni viri*, defienden en terminos, de los Authores Antiguos , Paulo de Caſtro *conſil.* 70. Volum. 1. *n.* 1. Alexand. *conſil.* 131. *n.* 12. *lib.* 2. Bartolus, Paulus, & Orotius

tius *in fin. ff. qui ſatiſdare cogant.* idem Bart. *in l. Julianus verùm, n. 7. ff. de condict. in debit.* idem Paulus *in dict. l. ſiquis Arbitratu, n. 7. ff. de verb. obligat.* Y de los Modernos, Dom. Greg. Lop. *in. l. 27. tit. 11. & in l. 24. tit. 4. part. 3.* verb. *coſa deſaguiſſada,* Marant. *in practic. tit. de appellat. n.* 115. Padilla *in l. 1. n. 38. de legat. 1.* Lanceloto *de attentat. 2. part. cap. 4. limitat. 15. n.* 10. Mexia *in l. de tolet. in reſponſ. ad ſext. fundament. 1. part. n.* 30. Dom. Covar. *lib. 2. variar. cap. 4. n.* 5. Gutier. *de jurament. confirmat. 1. part. cap. 37. n.* 18. Et Ceballos *quæſt. 90. n. 4. & quæſt. 22. n. 1. commun. contra com.*

138. Y ſi eſto procede contra las ſentencias de los Arbitros Arbitradores, con quanta mayor razon contra vnos *Arbitros juris*, â quien ſe les diò vna limitada juriſdiccion, para determinar las pretenciones *en juſticia*, guardando el orden judicial, y dando â cada vno, lo que le pertenece ſegun derecho, y determinarlas conforme â el; â que faltaron, abuſando haſta en el nombre, y conociendo de hecho, que es coſa contraria â el derecho, porque *quòd facta de facto, de facto etiam revocari debent.* Ciriaco *controverſ.* 525. *n.* 18. cum Tiraquell. & alijs. Pactando las partes, que ſolo en el caſo, *en que la ſentencia, que dieren, ſea â derecho conforme, han de eſtar por ella, y ſer obligados â ſu paga*; como repetida mente hemos referido: Y no pareciendo por el compromiſſo, que los menores ſe comprometieſſen, contra ellos no ſe ha podido determinar, ni ſeguir execucion alguna, por faltar en el todo la eſſencia de la obligacion, *& quod non apparet, dicitur non eſſe, l. in lege, ff. de contrahend. empt.* Pareja *de inſtrumẽt. edict. tit. 7. reſolut. 3. §. 3. n.* 34. & argum. *in l. licet, Cod. de procurat. & in l. 24. tit. 16. lib. 2. recop.* cum vulgatis.

139. No quedaron las ſentencias en ſolas las nulidades expreſſadas, porque del contexto de ellas miſmas ſe prueba no aver alguna conforme con la otra; para que puedan formar determinacion exequible: Prevencion, que tambien hizieron los compromitentes, vt diximus n. 2. *Para que juntos, y no el vno ſin el otro, vean el derecho, y pretenſiones de cada parte.* Y eſta palabra *juntos, y no el vno ſin el otro*, nunca podrà ſer vnidad, *ſi præſcinditur quomodocumque, quia non capit diviſionem*, ni en la parte mas minima; vt probat ſpeculator. *part. 1. tit. de Arbitr. §. 8.* verſ. *quid ergo, cùm incompatibilis*

ſit

ſit diverſitas ad vnitatem, & è contra. Et Ciriaco dict. *controverſ.* 474. *n.* 34. *ſed omnibus ſimul iunctis.* Con cuyo ſentido explicaron la facultad, que dieron â los *Arbitros juris*, para que en nada huvieſſen de diſcordar; y es puntual el texto *in l. item ſi vnus* 17. §. *ſi in duos, cum ſeqq. ff. de recept. qui in Arbitr.* Donde, ſi dos Arbitros difieren, y no convienen en vna ſentencia, y parecer, no ſe eſtà â ſu juicio por qualquiera diſonancia, que aya, *cùm debeat eſſe conſonum, & vnivocum, aliàs enim ad invicem ſe expellerent, ac deſtruerent.* Porque ha de ſer de tal calidad la conſonancia, ê igualdad de la ſentencia *ad inſtar muſicæ, vt conſiſtat, in omnium, aut ſaltem plurium vnitate, & conſònantia.* Roxas *de incompat. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 21. *cap.* 1. & 2. 65. *diſtinct.* dict. *l. Pomponius ait, & l. duo ex tribus, ff. de re judic. cap. cùm ab vno* 4. *de ſentent. & re judic. in* 6. gloſ. verb. *præferendus in cap. fin. eod.*

140. Han diſonado en tanto los Arbitros, que no ay modo para concordar ſus pareceres. Y ſuponeſe, que el primero ſe arreglò â dezir: Que daba el ſuyo ſegun la facultad, que ſe le avìa cõcedido, ſin incluirſe en nombrarſe Arbitrador, amigable componedor; que el ſegundo, con quien conviene el tercero, y ſe pretende, que hagan ſentencia eſtos dos, y què el vno con el otro determinaron, dize â el fol. 120. de ſu ſentencia: *Que Doña Iſabel de Sandier por el año de 657. revocò por lo que â sì tocaba el teſtamento, y deſagregò del vinculo las Alcavalas, y agregò â el otros bienes.* Y eſto es incierto, y faltò â la verdad, en dezir, que agregò â el mayorazgo otros bienes, porque conſta lo contrario de la cuenta de particion, que ſe hizo â los del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina ſu marido, y en eſta qualidad no conviene, ni haze mencion de ella el tercero.

141. Condena â los herederos del Conde â el fol. 130. B. *â que dentro de dos meſes contados deſde el dia, que ſe les notificare, è hiziere ſaber ſu ſentencia, rediman el cenſo de los* 4U. *ducados, para que quede libre el oficio de Veintiquatro, ò que lo tomen en ſi por el valor, en que ſe apreciare.* Y declara *por vàlida, y ſubſiſtente la eſcritura de tranſaccion otorgada por las Religioſas con el Conde.* Y â el fol. 131. declara: Que en execucion de eſta eſcritura los dichos herederos den, y paguen los 200. ducados de por mitad en todo el tiempo, que conſtare no aver ſu Mageſtad validoſe de las Alcavalas; y que aviendoſe valido entera-

ramente, paguen 100. ducados; y si de la tercia parte, paguen estos con mas la prorrata de las otras dos partes de las Alcavalas, de que en estas dos partes no se aya valido su Magestad. Y concluye: Que assi lo pronuncia, y juzga, sin hazer mencion del punto principal, sobre si las Alcavalas son vinculadas, ô no, ni determinar otra cosa alguna mas de todo el compromisso, que lo referido en este numero.

142. El tercero en discordia dize â el fol. 133. B. Que, por ser esta sentencia mas arreglada, se conforma con ella. Y â el fol. 134. dize: *Que declara en la presente discordia por vàlida, y subsistente la transaccion, y ajuste otorgada entre el señor Conde, y dichas dos Religiosas sus primas, y dicho su Convento.* Y añade: Que, por defecto de citacion â este, no podia obstar la executoria, por cuya razon se deven tener por libres las Alcavalas, *y no vinculadas para con dichas Religiosas, y Convento.* Y en quanto â el termino de dos meses, *que por la sentencia Arbitraria se conceden, para que por parte de los menores se haga la redempcion del tributo de 4ꝧ. ducados de principal*; tambien añade â el fol. 135. B. *Se conforma con que el dicho termino sea el de seis meses, y ese peremptorio, y con denegacion.* Y finalmente en quanto â los 200. ducados de alimentos, se conforma tambien con calidad, que en los años, en que su Magestad se huviere valido del tercio, sean 140. ducados. Y â el fol. 137. dizen ambos los Arbitros: Que en esta forma dexan resuelto, y determinado lo que se ha de cumplir, y guardar entre las partes, mencionando solo por tales interessadas â las Religiosas, y Convento, y â la Condesa, por el Conde su hijo, olvidados ya de los menores, â quienes en la sentencia, para condenarlos, tuvieron por comprometidos.

143. En estas dos sentencias se fundò la alegacion del Convento, y Religiosas, tanto para pedir la execucion por los corridos de los 200. ducados, como para la que se intentò por los 4ꝧ. de la redempcion del tributo del Doctor Bañez, y que quedasse libre la Veintiquatrìa â el Convento, y en ellas no se hallarà especie, de las que explica el señor Presidente Covarrubias *lib.* 1. *Variar. cap.* 2. *n.* 6. del *cap.* 1. *de Arbitr. in* 6. Et ex *l. diem*, §. *si inter plures*, *ff. de recept. qui in Arbitr.* Que no convengan â la contrariedad de ellas; porque si en las cantidades de los alimentos, quando su Magestad se vale de las Alcavalas, difieren, si en el tiempo de redimir

mir el cenſo, diſtan mucho el vno del otro; y ſi en la vinculacion de las Alcavalas, ô libertad de ellas, el vno en ſu ſentencia las paſſa en ſilencio, y la executoria, que avìa ſobre ello; y el otro dize: Que ſon libres ſolo para el Convento, y Religioſas, dandole eſta condicion, ô limitacion â la executoria, que no tiene, deviendo, para formar ſentencia exequible, el eſtar *omnino, & formaliter concordes.* Y en ſus Practicas, *cap.* 25. *n.* 6. verſ.. *Nonò. Quòd ad hoc vt ſententiæ dicantur conformes oportet, in omnibus, & omnino conformes eſſe.* Y mucho mas en nueſtro caſo, ſi ſe atiende â que determinan *Arbitros juris*, que eſtos han de tener toda conformidad, *aſsi como ſi fueſſen Juezes Ordinarios.* Como referimos con la ley de Partida ſup. n. 113. Y conque conviene Dom. Valencia lib. 2. tractat. 2. cap. 11. n. 11. Que cita â otros.

144. Y el ſeñor Solorzano *in Politic. indiar. lib.* 4. *cap.* 9. verſ. *Y en lo que toca.* ibi: *Que aquellas ſe diràn ſentencias conformes, en las quales no ſolo la cantidad, ſino el tiempo, y en la calidad de la condicion convienen en vna miſma coſa. Porque ſi la primera ſentencia condenaſſe pura, y abſolutamente en mil ducados, y la ſegunda ſolo en quinientos, ò puſieſſe alguna condicion, ò tiempo, ò modificacion en la paga de ellos, ò la primera dieſſe vn año de plazo, y la ſegunda dos, ò mas, no podrian llamarſe conformes, ſegun la mas comun opinion.* Y trae por eſta en la gloſ. marginal muchos Authores, y con las leyes del Reyno refiere la diſputa, y practica, que ſe deve tener. Pero lo reſuelve mejor in tom. 2. *lib.* 3. *de jure indiar. cap.* 9. *n.* 64. ibi: *Conformes porrò illæ duæ ſententiæ eſſe dicentur, in quibus non ſolùm quantitas; verùm & tempus, & qualitas conditionis conveniunt.* Con la advertencia, que en la primera opinion de ſu Politica incluye eſte graviſsimo Author la diſcordia, que ay entre votos, y ſentencias, vnivocando lo vno con lo otro, ſin embargo de no diſentir de lo primero propueſto, ni llevar la opinion contraria, haziendo de vna miſma calidad las ſentencias, y los votos de la ley 43. *tit.* 5. *lib.* 2. *recop.* Mas en vno, y otro lugar refiere la opinion contraria, en quanto â la diſcordia en cantidad.

145. Y ſobre eſte punto incide el examen, que hizo con el otro de los votos el miſmo ſeñor Solorzano *lib.* 5. *Politic. cap.* 8. verſ. *Y no ſe.* En donde del todo expreſſa ſu deſciſion, vt perfectè, y de conformidad aya determinacion, y ſentencia exequible, ibi: *Lo qual es neceſſario, para que ſe pueda*

pro-

pronunciar por tal, y como tal, y en qualquier punto, ô circunstancia, que discorden, por leve, que sea, no se tienen por conformes, ni hazen sentencia, como notablemente lo resuelben Baldo, y otros muchos Authores.

146. Actos todos nulos, y que resisten â las leyes, los quales ni con la taciturnidad, ni con el tiempo, ni aun con el proprio consentimiento de la Condesa se pueden convalidar, mayormente, quando desde luego que se tratò de executar las sentencias, se opusieron, y se apelò de lo contrario, insistiendo hasta oy en las nulidades, como prueba Francisco Nigr. Ciriaco. *lib.* 3. *controvers.* 505. *n.* 25. & 26. *Actus enim nullus, lege resistente, per actus contrarios maximè tacitos validari nequit, l. Non dubium,* 5. *Cod. de legibus, præsertim, quia vbique in processu fuit oppositum de nullitate*; bastante para que se declaren las que llevamos opuestas, y justificadas.

147. Hizieron agravio los *Arbitros juris* â el mayorazgo, en aver declarado, que la Veintiquatrìa tocaba la propriedad â el Convento; y que el Conde Don Lorenzo pudo dexarsela, para que vsara de ella, vendiendola, ô atributandola, porque ni el Convento, como heredero en la propriedad de los bienes de Doña Maria Rodriguez de Medina, tuvo derecho para solicitar, que el oficio de Veintiquatro le devìa pertenecer, ni el Conde accion, que poder dexar, ni ceder; respecto de que, para suceder el heredero en qualquiera alhaja del difunto, es precisso, que este tenga el dominio de ella, y que aya quedado entre sus bienes; y el que cede, ô renuncia en otro, es precisso tambien, que la cosa, que cede, dexa, transmite, ô renuncia, sea propria suya, porque de otra forma, ni tiene que ceder, que dexar, ô transmitir. Lo primero se prueba *ex l. nihil aliud,* 51. *ff. de obligat. & act. & ex l. nihil est aliud hæreditas,* 24. *ff. de verb. significat. l.* 8. *tit.* 32. *part.* 7. vers. *Otro si, herencia es.* Dom. Castillo. *quotidianar. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 25. ibi: *Et eius hæreditas verè diceretur, cùm defunctus verè Dominus fuerit, sive rerum, quas reliquit, verum dominium habuerit. Argumento text. in l.* 1. *& per totum titulum, ff. quæ in fraudem creditorum.*

148. Y el oficio de Veintiquatro no fuè proprio de Doña Maria Rodriguez de Medina, porque aunque esta lo arrendaba, y administraba, por averse quedado con todos los bienes de Don Luis Joseph Rodriguez de Medina su Padre,

y entre ellos la Veintiquatrìa, no tuvo el dominio de ella, como ni tampoco le tuvo el Don Luis Joseph; mediante el aver quedado separada de los de la herencia del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, vt refertur sup. n. 22. para con èl redimir el censo del Doctor Bañez, y dexar libres los bienes del mayorazgo de este gravamen; y asi todo el tiempo, que alcanzò la renta de la Veintiquatrìa â pagar los reditos dèl, se satisfizo de ella, como dexamos dicho sup. n. 25.

149. Cuya separacion se hizo de comun consentimiento de los herederos, ê interesados del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, los quales, hallando que esta alhaja era propria de la herencia, comprada por el mismo Veintiquatro con la calidad de perpetua, la sacaron de sus bienes, separandola de la particion, y destinandola vnicamente, para con su precio redimir el censo, y pagar sus reditos; cediendole cada vno de los herederos la parte, que le tocaba: Y el efecto, que causa esta separacion, es excluir de la herencia, y del dominio de los herederos la alhaja, que se separa, para que no entre en la particion; vt ait Consultus *in. l.* 18. §. 1. *in fin. ff. famil. Ercisc.* ibi: *Hæc ad divisionem rerum hæreditariarum non pertinere.* Y por esso la cosa separada se viste de diferente naturaleza, glos. *in l.* 10. Cod. *de donat. inter vir. & vxor. Separatorum separata debet esse ratio. Et ex l. Papinianus, ff. de minoribus, l. final. ff. de calũniat. l. cùm necessitatem,* Cod. *de fidei-comm.* Menoch. *consil.* 436. *n.* 7. Decian. *tractat. Crim. tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 4. Marcus Anton: *Variar. resolut. lib.* 1. *resolut.* 3. *n.* 4. *Quia separatorum natura est , diversitatem inducere.*

150. Y aunque quedasse en la administracion del oficio, Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, para el fin de redimir el censo, y pagar sus reditos, no por essa razon, se le adquiriò algun derecho â su legitima, porque esta tuvo sus bienes señalados, y especialmente adjudicados, con la distincion de quedarlo el oficio de Veintiquatro, para libertar del censo â el mayorazgo; que pudo hazerse muy bien, sin confusion de acciones , aunque todo quedasse en vna persona; como prueba el señor Salgad. *in labyrinth.* 1. *part. cap.* 11. *n.* 2. ibi: *Atque ideò distincta, & separata considerantur plurium jura in vna, eademque persona concurrentia, & devenientia,* ita

ita vt actus, & cõtractus gesti ex vno capite, & vnius qualitatis intuitu, nõ influat in alio capite, & eius bonis, & vtì distincti judicatur. Y lo mismo, que expone *in 2. part. cap. 15. de supplicat. ad Sãctissim. n. 43. conducunt etiam, & bene, quæ de discretiva dispositione dicunt jura, & Doctores, vt excludat, separet, & arguat diversitatem, & separationem, ita vt vnum cum alio non confundatur, vt latè videndum erit in l. hæres meas, §. duæ statuæ, ff. de legat. 3.*

151. Siendo esta separacion de tanta fuerza por el contrato, que se equipàra â la que previene la Ley, para que las acciones no se mesclen, ni confundan: Surd. *descis. 310. n. 17. in fin. Et separatio legis non minus separare debet, quàm separatio hominis. L. 1. §. sciendum, ff. de separat.* Y assi luego que se separò la veintiquatrìa de los bienes de la particion, quedò obligada, y afecta â la redempcion del censo, y paga de sus reditos, para que por este medio se consiguiesse la libertad de los bienes del mayorazgo, y constituida en ella, el derecho de hypoteca â este efecto. Mercurial. Merlino *de pignor. & hypoth. lib. 4. tit. 1. quæst. 35. n. 9.* illic: *Quia hypotheca habet eumdem effectum, quem habet remedium separationis, vt videtur probari ex text. in l. procuratoris, §. planè, vbi Bald. ff. de tribut. Cuman. in l. 1. n. 2. vers. & istud remedium, ff. de separat. Castrens. Consil. 245. n. 3. Tesaur. quæst. 55. n. 6. lib. 3. Aldograd. Consil. 4. n. 22.*

152. Y es de tal calidad esta separacion, que los mismos, que la contrataron, despues de celebrado el contrato, no tienen recurso, ni regresso, ni lo pueden alterar, ni mudar, ni aplicar â otros fines, que aquellos, para que se destinò; como en terminos mas rigorosos, y de acreedores lo prueba el señor Salgad. *in labyrinth.* dict. 1. *part. cap. 9. â n. 41. vsque ad 44.* cum *l. 1. §. 27.* vers. *At si, ff. de separat.* ibi: *Separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit.* De donde se sigue que, no teniendo Doña Maria Rodriguez de Medina, como heredera de Don Luis Joseph Rodriguez de Medina su Padre, dominio, ni possession alguna en la veintiquatrìa, no se transfirio â el Convento alguna, que pudiesse pretender, como heredero en la propriedad de sus bienes, que fue el motivo, que se diò en la transaccion, para que se le dexasse libre, y poder vsar de ella â su voluntad.

153. Y lo segundo, que ni el Conde Don Lorenzo tuvo accion, que ceder, ni dimitir; porque por la adjudicacion,

cion, que los Contadores hizieron con la ſeparacion, â quien ſe le adquiriò el derecho fue â el vinculo, y eſte, y ſus poſſeedores el dominio; que ſon las tres acciones, que explica el practico Alvaro Velaſco *de partit. & collat. cap. 2. n. 6.* ibi: *Et eſt ſingulare in iſtis tribus actionibus â judicijs diviſorijs, quòd per adjudicationem dominium transfertur ſtatim ſine alia traditione, vt eſt textus notandus in praxi, in §. vltimo inſtitut. de officio Judicis,* ibi: *Id ſtatim eius fit, cui adiudicatum eſt.* Y dize ſer tan comun, que omnes notant, refiriendo por ſu opinion â muchos Authores.

154. Luego el Conde Don Lorenzo por la tranſaccion, no pudo ceder, ni transferir dominio, titulo, ni avn condicion de vſucapir, â el Convento, ni ſus Religioſas; para la pertenencia, y adquiſicion de la Veintiquatrìa: *per tranſactionem, ex qua actor rem dimittit apud poſſeſſorem novum titulum, & dominium non acquiri, nec vſucapiendi conditionem præſtari, ſi dimittens dominus non ſit.* Dom. Olèa *de ceſ. jur. tit. 6. quæſt. 7. n.* 14. porque lo que obra eſta dimiſsion es *â lite duntaxat diſcedere.*

155. Conque los Arbitros no ſolo excedieron de la facultad, que ſe les diò, ſino ſus determinaciones no fueron conforme â derecho.

ARTICVLO QVARTO.

156. Y para eſcuſar las dudas, que ſe quieran ofrecer, ſin embargo de que en los articulos antecedentes ſe ha procurado convencerlas, hemos añadido eſte, en que ſe procurarà por objecciones dexar ſin eſcrupulo, lo que llevamos probado. Sea la primera objeccion la enunciada de contrario en ſu pedimento ſup. n. 143. en que pidiendo la execucion en virtud de las ſentencias de los Arbitros, ſupone, que eſtas eſtàn emologadas, mediante la taciturnidad de la Condeſa, por no aver pedido en el termino de los dies dias, la reduccion â Arbitrio de buen Varon, ni apelado; cuyo fundamento ſe podrà deducir de la doctrina de Dom. Salgad. *in reg. protect. 3. part. cap. 13. n. 16.* que es el lugar mas copioſo, de que ſe puede valer.

157. A que ſe reſponde: Que las nulidades de defecto de juriſdiccion, y demàs fundadas ex n. 129. vſque ad 136. en qualquier tiempo ſe deven oponer, y tienen lugar, aun-

que huviera consentimiento expresso, ex dict. *l. Si expressim, ff. de appellat.* maximè no aviendolo, y siendo notorias. *cap. inter cæteras, cap. Qua fronte, cap. Pastoralis de appellat. cap. veniens* el 2. *de testibus.* & glos. *in cap. ex conquæstione* in verb. *appellationem, de restitut. spol.* & glos. *in cap. suscitatá,* in verb. *sententiæ de restitut. in integ.* facit text. *in l.* 2. & ibi glos. *de Edict. Div. Adri. tol.* & glos. in verb. *imperfectam, in l.* 1. §. *sive autem, ff. de tab. exhib.* Y lo prueba con Vant. *de nullitate, in Rubric. seu tit. de nullitat. quis poss. dicere de nullitat. n.* 51. Ciriaco *controvers.* 498. *n.* 8 illic: *Quartò, vbi nullitas est notoria, & patens ex ipsis actis, semper potest opponi, non obstante statuto præscribente certum tempus ad eam proponendam.*

158. Et precipuè quando estas se han opuesto ope exceptionis, tantas en numero, y de las calidades, que llevamos fundadas, que no ay estatuto, ni ley, que prescriba para ellas termino alguno; justificadas como estan in continenti, y opuestas desde el principio â la execucion, y apelado de la determinacion del Ordinario, y de las mismas sentencias: Circunstancia, que aunque no era necessaria, mas que dezir de nulidad, para que se entienda â el mismo tiempo intentada la apelacion; *Quia nullitas, sic suposita, assumit vires, & naturam appellationis, eiusque natura vestitur.* Dom. Salgad. *in Reg. Protect.* 4. *part. cap.* 3. *n.* 239. Cum. *l. ab executione,* Cod. *quorum appellat. non recip.*

159. Y el mismo efecto obra el pedimento, que se hizo por los menores de la in integrum restitucion; pues moviendo la question Garcia *de nobilitat.* Glos. 6. §. 2. *ex n.* 17. *ad* 22. â quien se remite el señor Salgado in dict. 4. *part. de reg. Protect. cap.* 7. *n.* 38. sobre si, intentada esta, se debe suspender la execucion de la sentencia; y trayendo para prueba de que se suspende, vna de las mayores razones, en que se funda para su opinion en la controversia; es, que respecto de que la in integrum restitucion se equipàra â la apelacion ex *l. Præses, ff. de minor. & l. si causa cognita de transact. l.* 2. *tit.* 25. *part.* 3. ibi: *Otrosi dezimos, que mientras durare el pleyto de la restitucion, que no deve ser fecho ninguna cosa nueva en el.* De essa misma manera, aviendose pedido, suspende la cosa juzgada, y su execucion. Y prosigue disputando â el num. 26. la equiparacion, que tienen la nulidad, y la restitucion in integrum, explicando la Clementina *vt Calumnijs,* y su glos. en que se funda

R

toda

toda la queſtion, y opinion contraria; ibi: *Item non fiet executio, ſi adſit promptâ probatio nullitatis*; concluyendo â los n. 32. y 34. eſtâ miſma ſentencia.

160. Que para nueſtro intento, que ſolo tratamos de probar los efectos, que cauſen la *nulidad, la in integrum reſtitucion*, que ſon los miſmos, que la *apelacion*, por equipararſe â ella; nos baſta lo que refieren eſtos Authores; pues las execuciones de las ſentencias, ya ſon paſſadas, y ſe intentan las declaraciones de las nulidades, ſobre que ſe vè el pleyto; y eſtà demàs, el tiempo de la apelacion, quando ſe intentò en concurrencia de tantos recurſos: Y aunque la Condeſa no eſtuviera tan advertida de ellos, y huviera tenido alguna omiſſion, ô negligencia en contradezir, ô apelar luego las ſentencias de los Arbitros, no pudiera perjudicar â ſus menores, ni â el poſſeedor del mayorazgo. Ex *l. ex contractu ff. de re judic.* ibi: *Niſi culpa Tutoris, l. ſi ſervus plurium, §. final. de legat.* 1. ibi: *Vel minus plenè cauſam defendit, l. ſi perluſorio, §. final. ff. de appellat. l. 3. §. 1. ff. quæ in fraud. creditor. vel litem mori patiatur. L. ſi ſponſus, §. ſi vxor, ff. de donat. inter. l. Præſes*, Cod. *de pignor.* Dom. Molina *lib. 4. cap. 8. â n. 7. vſque ad* 10. Dom. Valenzuela Velazq. *conſil. 6. n. 66.* Dom. Caſtillo *lib. 6. cap. 157. n. 26.*

161. Sea la ſegunda objeccion, la que ſe puede ſacar por el contrario de los fundamentos expreſſados, deſde el n. 101. en la ponderacion, que tiene la coſa juzgada, haſta el 104. del ſegundo articulo, y en todo el reſto del; donde probamos con la ley 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* Que donde ay coſa juzgada, no ſe puede oir, ni por ninguna razon volver â tratar: Y que nos puede obſtar la executoria, que obtuvo Don Luis Bartholomè Davila por el legado de 3U. ducados, que en ſu teſtamento le dexaron el Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina, y Doña Iſabel de Sandier, y que en fuerza de aver revocado eſta por ſu parte el teſtamento, ſolo ſe le mandaron pagar 1U500. por la ſubſiſtencia del de ſu marido.

162 A que ſe reſponde: Con la diferencia, que ay de vna executoria â otra; pues en la que nos hemos fundado, conſiſtiò la demanda, y la ſentencia *in re, cauſa, & actione*; circunſtancias preciſſas, y que previno el ſeñor Greg. Lop. *in l. 16 tit. 22. part. 3.* gloſ. 1. que avian de concurrir en las ſen-

sentencias, y demandas, para que tuviessen conformidad: Porque el Conde instruyò su accion, pretendiendo, que se avìa de declarar, que las Alcavalas de Salteras eran vinculadas, por no aver podido Doña Isabel de Sandier revocar la donacion inter vivos, que hizo â su hijo, y demàs llamados â el vinculo; de conformidad con el Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina su Marido; expressando en la demanda copiosamente toda la accion, que pertenecia al mayorazgo, para no averle podido desagregar esta finca; y siguiò la causa en vn juicio petitorio, y plenario segun, y como se ha referido en el articulo segundo: Y se contextò replicando â ella en toda forma; y assi se declarò en todas instancias.

163. Y en la que se pretende fundar el argumento contrario, es distinta; porque la demanda de Don Luis Bartholomè Davila *in re*, se reduxo â pedir vn legado â Don Luis Joseph Rodriguez de Medina, & *in causa* intentò este no dever responder, como heredero de Doña Isabel de Sandier: Y aviendosele mandado, que respondiesse, se opuso en la misma forma como tal heredero, dando por razon, para no dever pagar mas, que la mitad del legado, la revocacion, que avìa hecho su Madre del testamento; y que esta se hallaba satisfecha â los Padres del Don Luis Bartholomè conforme â las particiones, que se avìan formado; ê insistiendo *in actione* el legatorio, no deverle obstar la revocacion, resultò la determinacion de mandarle pagar la mitad del, y absolverle, y darle por libre de la otra mitad; atento â la revocacion fecha de su testamento, por la susodicha, y por su vltima disposicion; sin hazer mencion del mayorazgo, ni convenirlo, ni Don Luis Joseph defenderse como posseedor dèl; con que fue caso distinto. *Aliud ergò videri tunc petitum, aliud nunc: Atque ideò exceptionem rei judicatæ cessare*: Respondit Vlpianus in *l. si Mater*, 11. *§. siquis iter*, 6. *ff. de except. rei judic.* & Paulus in *l. inter stipulantem*, 83. §. *Sacram*. vers. *Sed hæc dissimilia sunt.*

164. Con cuya conclusion, omnes vnanimiter conveniunt, *quòd ratio diversa diversum jus inducit. L. vltim. ff. de ritu nuptiar. l. quod dictum, ff. de pact.* Dom. Castillo *lib.* 5. *controvers. cap.* 171. *â n.* 8. *vsque ad* 12. que no puede hazerse extencion de vn caso â otro, *nec de persona ad personam, vbi adest* di-

diversa ratio. Y prueba con Tiraquel. *de legib. connubial.* glos. 5. *num.* 314. *& seqq. nunquàm valere argumentum de vno ad alterum, quando ratio est diversa, etiam in æquiparatis, & correlativis:* Porque *requiritur identitas rationis in tantum, vt non sufficiat eiusdem rationis similitudo, nisi sit eadem.* Y no puede aver duda en la diversidad de estas executorias: Siendo precisso para que perjudicasse la de Don Luis Bartholomè, el que en ella concurriessen las tres identidades, quæ â Paulo, & Vlpiano proponuntur, & explicantur in *l. Cùm quæritur,* 12. cum duabus legibus seqq. *ff. de except. rei judic.* Sic: *Cùm quæritur, hæc exceptio noceat, nec ne: Inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, & eadem causa petendi. Quæ nisi omnia concurrant, alia res est.* D. D. in dict. jurib. text. *in cap. final. de except.* vbi glos. & Canonistæ, Surdus *consil.* 312. ex princ. & qui plures apud Addent. ad Dom. Molin. *de Hispanor. primog.* dict. *lib.* 4. *cap.* 8.

165. Se ha satisfecho la objeccion, pues no se verifica alguna de las identidades de esta executoria con la antecedente, antes si le faltò el sugeto principal en la contextacion del juicio, que es el legitimo, y justo contradictor, que avìa de defender el testamento, y vinculo, y no averse podido hazer la revocacion dèl por Doña Isabel de Sandier con los fundamentos del primer articulo; y no aviendolo hecho D. Luis Joseph por el mas interesado, sino lo contrario, para averse de traer esta executoria, â que cause perjuicio â el mayorazgo, se ha de dezir, que no fue defendido por sugeto principal, y legitimo aquel juicio, para que pueda perjudicar, sin el qual no ay cosa juzgada. L. 1. ff. de collut. detegend. donde de la sentencia dada *cum non justo contradictore,* dize el Consulto: *Perinde ineficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset.* Y mas quádo en lugar de aver vsado de la defensa el contradictor legitimo, hizo vn acto, en que pudiera padecer el mayorazgo, como si este huviera actuado en su perjuicio; como dixo Marino de Frecia referido por Don Christoval de Paz *de tenut.* tom. 2. *cap.* 43. *n.* 8. *Feudum agit, convenitur, loquitur, & Patitur, feudo fertur sententia, & contra feudum, nec enim refert, quæ sit imago, sed quæ sit substantia rei.* Que aunque vulgar, le necessitamos despues tambien para la objeccion siguente.

166. Y sea la tercera, y vltima sobre lo referido en el

el hecho, â el num. 21. de la particion, que se hizo de los bienes del Veintiquatro Luis Rodriguez de Medina el año de 1660. y adjudicació de las Alcavalas â Doña Isabel de Sâdier, como tâbien se refiere â el n. 23. en parte de su dote, y arrhas; y q̃ estas particiones, aũque se dixo de agravios por las partes, se comprometieron en vn tercero contador, para que los determinasse; sobre que diò su parecer, y se aprobaron por el Juez Ordinario; y estuvieron los autos en poder de Don Luis Joseph Rodriguez de Medina 24. años. De donde se puede presumir, quòd ex diutina possessione omnia sint solemniter acta, *l. qui in aliena, 6. §. sed, etsi non addiderit, ff. de acquir. hæred. l. si filius famil.* 10. Cod. *de petit. hæred.* cum pluribus alijs, in proposito adductis â D. ferdin. Mench. *controv. illustr. lib. 2. cap. 16. ex n. 7.* Y consiguientemente el aver prescripto qualquier derecho, que perteneciesse â los interesados en la misma particion: Arg. text. *in l. siquis diurno,* 10. *ff. si servit. vend. l. cùm de in rem verso, 6.* in princ. *ff. de vsur. l. 1.* §. *vltim.* vers. *si tamen lex,* illic: *Vetustatem legis vicem tenere,* & *l. 2.* in princ. *ff de aqua, & aquæ plu. arc.* & *in l. 2.* illic: *Cùm ipse proponas te diù in possessione fuisse, omniaque vt Dominum gesisse.* Cod. *de acquir. possess.*

167. Respondese con el mismo hecho referido sup. n. 24. de q̃ las particiones se hizierõ, concurriendo Doña Isabel de Sâdier, D. Martin Davila, y D. Luis Joseph Rodriguez de Medina, y que este recogiò los autos, y los tuvo en su poder, sin aver quien se los pidiesse, ni pudiesse hablar por el mayorazgo; porque los principales, que entonces lo devian hazer, eran cinco hijas, y vn hijo varon, que tenìa el mismo Don Luis Joseph todos menores, los quales no supieron, ni tuvieron capacidad de saber su derecho, por no tener en su menor edad pleno consejo, ni para entenderlo, ni para demandarlo. Ex vulg. text. *in l. 1.* in princ. *ff. de minor.* & *l. 48. ff. de fideiusor. & mandat.* de mas de estar en la Patria potestad de su Padre; y Don Martin Davila se consideraba remoto en esta succesion, y no quiso en vida de Doña Isabel su Suegra seguir pleyto con ella, ni tener los costos, y gastos, q̃ por el se le avian de recrecer; *sed etiam, cùm intersit ipsorũ litibus, & sumptibus, non vexari,* que dixo el Consulto *in l. minor. 6. ff. de minor.* mirando â este interes, y â quedar bien con todos, ex *l. 4. ff. ad Senatum consul. Trevelian.* quedandose en su quietud.

De-

168. Demàs de que el tiempo, que passò sin hablar en las particiones, se interrumpiò, luego que éstas se pusieron en el oficio, porque se bolviò â dezir de agravios de ellas, sin embargo de la probacion, y â seguir el pleyto sobre los nuevos agravios, que se admitieron, y se prosiguiò entre las partes en la Real Audiencia; en q̃ huvo los autos; que dexamos referidos â los n. 24. y 25. quedandose sin fenecer en el todo; sin aver tocado en cosa alguna perteneciente â el mayorazgo; y estas executorias hazen â nuestro favor, viendo empleadas las partes cada vno en su interese; de lo que avian de percebir libre; sin acordarse en cosa alguna del vinculo: Y assi, no se deven fundar en ninguna de estas determinaciones, porque les convendrà muy bien el vulgar sentido de la ironìa de Horacio *satyr.* 3.

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

ô la censura del texto *in l. nemo,* 13. Cod. *de sent. & interlocut. omn. Iudic.* quod communiter iactitatur, & repetit Carleval. *de judic.* tom. 1. *lib.* 1. *disputat.* 2. *quæst.* 5. *n.* 347. Y sobre todo desde entonces quedaron litigiosos estos derechos, y para la prescripcion no solo era precisso; que su tiempo comenzase antes del pleyto, sino que se acabasse, y cumpliesse tambien, vt est certa conclusio apud Dom. Valenzuela Velazquez, tom. 1. *consil.* 33. *n.* 249. Y esta defensa de prescripcion tiene contra si el renombre, que le da de *impio præsidio* el Authentic. vt etiam Eclesi. Roman. Collat. 2. y assi, no nos detenemos mas, quando se saben las reglas, que son precissas, para que se estè â ella; y lo que en terminos de este hecho refiere Dom. Vela. *dissert.* 48. ferè per totam, & precipuè *â n.* 33. 41. *&* 43. *&* 48.

169. Y en los mismos terminos de semejante particion â esta, que todos, y cada vno entendiò en percebir el caudal, que podia libre, sin hazer juicio, si perjudicaban â el vinculo, ô les pertenecìa, ô no, defenderlo (aunque no hubiesse malicia, y se fuessen con la llaneza de que devìan mirar solo por aquel derecho libre, dexando padecer el mayorazgo, vt refertur sup. con Marino de Frecia) dize el señor Salgad. *in labyrinth. creditor. part.* 2. *cap.* 10. *â n.* 21. *Hinc qui solvit, vel facit aliquam partitionẽ, credens ad id teneri, non præiudicat suo juri, quia id per errorem fecisse intelligitur, si re vera de jure non tenebatur,* con muchos textos, y autoridades, que refiere hasta el n. 24.

Ma-

170. Manet ergo firmum fovere justitiam la dicha Condesa en pretender, se den por nulas las determinaciones de los Arbitros, y las execuciones, y sentencias de remate en su virtud pronunciadas. Salvo in omnibus tanti Senatus, vestræque Dominationis politissimæ censuræ. Sevilla y Nobiembre 22. de 1719. años.

Lic. Don Francisco Cortès Hurtado.